

**UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE – ECOLE DE
DROIT DE LA SORBONNE**

Département d'études internationales et européennes

Thèse pour le Doctorat en droit public

Présentée et soutenue publiquement par

Aimée JEANNE

le 10 juin 2013

**L'intégration négative des marchés aux Etats-
Unis et dans l'Union européenne**

Directeur de thèse : M. le Professeur Philippe Maddalon

JURY

M. Loïc AZOULAI, Professeur à l'Institut Universitaire Européen de Florence, rapporteur

M. Rémy HERNU, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, rapporteur

Mme Catherine KESSEDJIAN, Professeur à l'Université Paris II – Panthéon-Assas

M. Philippe MADDALON, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne – Université Paris I Panthéon-Sorbonne, directeur de thèse

M. Denys SIMON, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne – Université Paris I Panthéon-Sorbonne

REMERCIEMENTS

Je tiens, tout d'abord, à exprimer tous mes remerciements à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur MADDALON, pour l'intérêt qu'il a porté à mon sujet de thèse, ses encouragements et ses précieux conseils.

Je remercie également M. le professeur MANIN, à l'origine de ce travail, et Mme le professeur IDOT pour les remarques qu'elle a bien voulu me prodiguer.

Je souhaite ensuite remercier mes collègues de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances qui m'ont, non seulement, apporté leur soutien mais, pour beaucoup, ont également consacré du temps à la relecture de cette thèse.

Je dois également beaucoup à mes parents et à mes amis. Qu'ils soient assurés de ma sincère reconnaissance.

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET DES ACRONYMES

<i>Am. J. Comp. L.</i>	American Journal of Comparative Law
<i>Ann. d'ét. eur. de l'Univ. cath. de Louvain</i>	Annale d'études européennes de l'Université Catholique de Louvain
<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international
<i>B.C.I.C.L.R.</i>	Boston College International and Comparative Law Review
<i>B.U. Int'l L.J.</i>	Boston University International Law Journal
<i>Cal. L. Rev</i>	California Law Review
<i>Cardozo L. Rev.</i>	Cardozo Law Review
<i>Case W. Res. J. Int'l L.</i>	Case Western Reserve Journal of International Law
<i>CCC</i>	Contrats, Concurrence, Consommation
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CJCE</i>	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJFI</i>	Courrier juridique des finances et de l'industrie
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>C.L.J.</i>	Cambridge Law Journal
<i>CML Rev.</i>	Common Market Law Review
<i>coll.</i>	collection
<i>Colum. L. Rev</i>	Columbia Law Review
<i>Colum. J. Eur. L.</i>	Columbia Journal of European Law
<i>Creighton L. Rev.</i>	Creighton Law Review
<i>CYELS</i>	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
<i>Duke L.J.</i>	Duke Law Journal
<i>Duke L. & Tech. Rev.</i>	Duke Law and Technology Review
<i>EBLR</i>	European Business Law Review
<i>éd.</i>	édition
<i>ELJ</i>	European Law Journal
<i>ELRev.</i>	European Law Review
<i>Eur. Tax'n</i>	European Taxation
<i>Eur. J. Int'l L.</i>	European Journal of International Law

<i>Eur. J. of Law & Econ.</i>	European Journal of Law and Economics
<i>Eur. Rev. Priv. L.</i>	European Review of Private Law
ex.	exemple
F. 2d	Federal Reporter (1924 – 1993)
F. 3d	Federal Reporter (1993 – présent)
F. Supp.	Federal Supplement (1933 – 1998)
F. Supp. 2d	Federal Supplement (1998 – présent)
<i>Fla. Tax Rev.</i>	Florida Tax Review
<i>Fordham Int'l L.J.</i>	Fordham International Law Journal
<i>Fordham L. Rev.</i>	Fordham Law Review
<i>Geo. Wash. L. Rev.</i>	George Washington Law Review
<i>Harv. J.L. & Pub. Pol'y</i>	Harvard Journal of Law and Public Policy
<i>I.C.L.Q.</i>	The International and Comparative Law Quarterly
<i>Id</i>	Idem
<i>IJEL</i>	Irish Journal of European Law
<i>Int'l Law</i>	International Lawyer
<i>JCMS</i>	Journal of Common Market Studies
<i>J.L. Econ. & Pol'y</i>	Journal of Law, Economics and Policy
<i>JPE</i>	Journal of Political Economy
<i>J. Transnat'l L. & Pol'y</i>	Journal of Transnational Law and Policy
<i>Ky. L. J.</i>	Kentucky Law Journal
<i>LIEI</i>	Legal Issues of Economic Integration
<i>Me. L. Rev.</i>	Maine Law Review
<i>Miss. L. J.</i>	Mississippi Law Journal
not.	notamment
<i>Notre Dame L. Rev</i>	Notre Dame Law Review
<i>N.Y.U.L.Rev.</i>	New York University Law Review
<i>N.Y.U. J. L. & Liberty</i>	New York University Journal of Law and Liberty
<i>Ohio N. U. L. Rev.</i>	Ohio Northern University Law Review
<i>OJLS</i>	Oxford Journal of Legal Studies
<i>Op. cit.</i>	Opus citatum
p.	page
pp.	pages
<i>Pepp. L. Rev.</i>	Pepperdine Law Review
prés.	précité

pt	pt
<i>RDP</i>	Revue du droit public
Rec.	Recueil
<i>REDC</i>	Revue européenne de droit de la consommation
<i>RFSP</i>	Revue française de science politique
<i>RIDE</i>	Revue Internationale de droit économique
<i>RMC</i>	Revue du marché commun
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
s.	suivant
<i>S. C. L. Rev.</i>	South Carolina Law Review
S. Ct.	Supreme Court reporter
<i>Seattle U. L. Rev.</i>	Seattle University Law Review
<i>spéc.</i>	Spécialement
<i>Stan. L. Rev.</i>	Stanford Law Review
<i>Sw. U. L. Rev.</i>	Southwestern University Law Review
<i>Tex. Int'l L.J.</i>	Texas International Law Journal
<i>Tex. Rev. L. & Pol.</i>	Texas Review of Law and Politics
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance
TUE	Traité sur l'Union européenne
<i>Tul. L. Rev.</i>	Tulane Law Review
<i>UCLA L. Rev.</i>	UCLA Law Review
<i>U. Chi. L. Rev.</i>	University of Chicago Law Review
<i>U. Colo. L. Rev.</i>	University of Colorado Law Review
UE	Union européenne
<i>U. Miami L. Rev.</i>	University of Miami Law Review
<i>U. Rich. L. Rev.</i>	University of Richmond Law Review
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Code
<i>U. Tol. L. Rev.</i>	University of Toledo Law Review
V.	Voir
<i>Va. Env'tl. L. J.</i>	Virginia Environmental Law Journal
<i>Va. L. Rev.</i>	Virginia Law Review
<i>Vanderbilt L. Rev.</i>	Vanderbilt Law Review

Wake Forest L. Rev.

W. New Eng. L. Rev.

Wm. & Mary L. Rev.

Yale L.J.

Yale J. on Reg.

Y.E.L.

YJIL

Wake Forest Law Review

Western New England Law Review

William and Mary Law Review

Yale Law Journal

Yale Journal on Regulation

Yearbook of European Law

Yale Journal of International Law

SOMMAIRE

Première partie – LA NOTION D’ENTRAVE DANS LES JURISPRUDENCES AMÉRICAINES ET COMMUNAUTAIRES

Titre I – La lutte contre le protectionnisme

Chapitre 1 – Manifestation principale du protectionnisme : les entraves à l’entrée sur le marché

Chapitre 2 – Manifestation secondaire du protectionnisme : les entraves à la sortie du marché

Titre II – Le décloisonnement des marchés

Chapitre 1 – L’entrave non discriminatoire : un concept jurisprudentiel imprécis

Chapitre 2 – L’entrave non discriminatoire : une explication théorique incertaine

Chapitre 3 – Du décloisonnement des marchés à la liberté économique des opérateurs ?

Seconde partie – L’ARBITRAGE DU CONFLIT ENTRE L’INTERDICTION DES ENTRAVES ET LES INTÉRÊTS LÉGITIMES DES ÉTATS

Titre I – Le contrôle médiateur : l’entrave à l’œuvre des législations supra-étatiques

Chapitre 1 – La préemption des législations étatiques par les législations supra-étatiques : des jurisprudences contrastées

Chapitre 2 – L’autorisation des entraves par le législateur supra-étatique : des jurisprudences opposées

Titre II – Le contrôle immédiat : l’entrave à l’œuvre des exigences « constitutionnelles »

Chapitre 1 – Une admission large des intérêts étatiques

Chapitre 2 – Le contrôle de proportionnalité ou *balancing test*

*A mes parents,
A ma famille,
A Marie, Catherine, Anne, Saïda, Simon,
Et à tous mes amis*

INTRODUCTION

« La liberté, où qu'elle se manifeste en tant que réalité tangible, possède toujours ses limites spatiales. La chose est d'autant plus claire dans le cas de la plus grande et la plus élémentaire des libertés négatives, la liberté du mouvement ; les frontières du territoire national ou les murs de l'Etat-cité entouraient et protégeaient l'espace dans lequel l'homme pouvait évoluer en toute liberté. Les garanties et les traités internationaux permettent l'extension de cette liberté limitée par les frontières territoriales pour les citoyens en dehors de leurs pays, mais même dans les conditions modernes cette coïncidence de la liberté avec un espace délimité demeure manifeste. [...] La liberté au sens positif n'est possible que parmi des égaux, et l'égalité elle-même n'est d'aucune manière un principe de validité universelle mais lui aussi applicable seulement avec des limites et à l'intérieur de limites spatiales. Si nous identifions ces « espaces de liberté » [...] avec le champ politique lui-même, nous serons enclins à les considérer comme des îles au milieu de la mer ou des oasis dans le désert »¹.

1. « [D]ans le cadre de l'établissement d'un marché intérieur, l'objectif fondamental du principe de libre circulation [...] est de garantir que les producteurs sont mis en mesure de profiter effectivement, du droit d'exercer leur activité sur un plan transnational, tandis que les consommateurs sont mis en mesure d'accéder, pratiquement, aux productions en provenance des autres Etats membres dans les mêmes conditions que les productions nationales. Telle était l'intention des rédacteurs du traité ; telle a été la doctrine de la Cour qui l'a mise en

¹ H. ARENDT, *Essai sur la Révolution*, Gallimard, 1967, pp. 407-408.

œuvre »².

C'est par ces propos que l'ancien avocat général POIARES MADURO présentait, dans des conclusions rendues le 30 mars 2006, le principe de libre circulation des marchandises. Ils ne peuvent manquer de frapper l'esprit de celui qui se souvient du fameux arrêt *H.P. Hood and Sons v. Du Mond*³ rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis en 1949 : « [n]otre système, promu par la Clause de commerce⁴, est que chaque fermier et chaque travailleur soit encouragé à produire avec la certitude qu'il aura un libre accès à chaque marché de la nation, qu'aucun embargo n'entravera ses exportations, et qu'aucun [Etat], par des droits de douane ou des réglementations, ne les exclura. De la même manière, chaque consommateur devrait pouvoir compter sur la libre concurrence entre toutes les zones de production de la Nation pour le protéger de l'exploitation à laquelle il pourrait être soumis par l'une d'entre elles. Telle a été la vision des pères fondateurs ; telle est la doctrine à laquelle la Cour a donné réalité »⁵.

2. La proximité des langages employés autorise-t-elle pour autant à comparer les expériences américaine et européenne ? En effet, on pourrait « hésiter de prime abord à comparer deux expériences d'intégration économique aussi éloignées l'une de l'autre que le sont l'expérience américaine et l'expérience de la CEE »⁶.

Il est vrai que les différences politiques, économiques, juridiques et culturelles ainsi que le déficit d'une terminologie commune n'invitent pas, naturellement, à rapprocher l'Union

² Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt CJCE, 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos*, aff. jtes C-158 et 159/04, *Rec.* p. I-8135, pt 39.

³ *H.P. Hood and Sons, Inc. v. Du Mond*, 336 U.S. 525, 539 (1949).

⁴ La « Clause de commerce » désigne la 3^{ème} clause de l'article I, section 8 de la Constitution américaine. Elle donne pouvoir au Congrès de « réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États, et avec les tribus indiennes ».

⁵ “Our system, fostered by the Commerce clause, is that every farmer and every craftsman shall be encouraged to produce by the certainty that he will have free access to every market in the Nation, that no home embargoes will withhold his exports, and no foreign will by custom duties or regulations exclude them. Likewise, every consumer may look to the free competition from each producing area in the Nation to protect him from exploitation by any. Such was the vision of the Founders; such has been the doctrine of this Court which has given it reality” (p. 539 de l'arrêt).

⁶ F. MAUPAIN, *L'intégration économique et l'intégration juridique à travers la mise en œuvre de la commerce clause de la constitution des Etats-Unis et de l'expérience de la CEE*, thèse, Paris II, 1975, p. 5.

européenne et l'« Union américaine »⁷. Cent soixante-dix ans séparent l'acte fondateur des Etats-Unis d'Amérique et le traité de Rome. Certains concepts, pour similaires qu'ils puissent paraître sur le plan juridique, ont, dans des contextes si éloignés, nécessairement des significations singulières⁸, qu'il convient d'intégrer dans l'analyse comparative⁹.

3. Toutefois, il est manifeste que les Etats membres de chaque Union ont été confrontés à une problématique commune : comment mettre fin aux rivalités commerciales entre Etats, sources de tensions politiques et économiques ? En la matière, il fait peu de doutes que le modèle américain a influencé les pères fondateurs des Communautés européennes. A cet égard, le professeur RASMUSSEN a relevé que « *nombre de ceux qui ont participé au processus de création des communautés européennes ont perçu le régime fédéral américain comme le modèle le plus proche de ce qu'ils souhaitaient établir en Europe* »¹⁰, ajoutant que « *c'est l'exemple [...] de la liberté du commerce, exempt de barrières tarifaires et non tarifaires entre les Etats de l'Union fédérale américaine, qui a servi de prototype au marché commun en Europe* »¹¹. Aussi qualifie-t-il les Etats-Unis de « *premier marché commun* »¹².

Lorsqu'il s'est agi, en Europe, de transformer le « marché commun » en un véritable « marché intérieur »¹³, l'expérience américaine a encore été sollicitée pour identifier les mesures à

⁷ V. en ce sens, W. VAN GERVEN, "Constitutional aspects of the European court's case-law on articles 30 and 36 EC as compared with the U.S. dormant commerce clause", in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, vol. II, Bruylant Bruxelles, 1999, p 1629, spéc. p. 1638.

Pour des raisons de simplification terminologique, nous emploierons le terme Union pour désigner l'Union européenne et les Etats-Unis. Nous emploierons également le terme « constitution » pour désigner la Constitution américaine et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Par ailleurs, nous n'emploierons pas l'adjectif « national », en raison de son ambiguïté – il se rapporte aux Etats dans l'UE et à la fédération aux Etats-Unis –, lui préférant l'adjectif « étatique ». Ces choix sont dictés par des soucis de commodité, afin d'employer une terminologie commune. Ils ne doivent pas être interprétés comme l'assimilation par l'auteur de cette thèse de l'Union européenne à un Etat fédéral (à ce propos, v. *infra*).

⁸ V. en ce sens, G. M. ROSBERG, "Free Movement of Persons in the United States", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets: Perspective From The United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford, 1982, vol. I, p. 275, spéc. p. 277.

⁹ V. en ce sens, E. STEIN and T. SANDALOW, "On the two systems: an overview", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets, Perspectives from the United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford, 1982, vol. I, p. 3.

¹⁰ H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, spéc. p. 115.

¹¹ H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, op. cit. p. 116. Une étude de droit comparée a d'ailleurs été réalisée au moment de l'élaboration des traités (v. note n. 5, p. 144). H. RASMUSSEN cite plusieurs auteurs et articles de presse soulignant l'utilisation de l'expérience américaine pour forger le modèle communautaire de marché commun (pp. 116-117).

¹² *Id.*, p. 117.

¹³ V. *infra*.

adopter à cette fin. Ainsi en 1988, lorsque la Commission examinait les mesures à adopter pour établir le marché intérieur, une étude a été réalisée, dans le cadre du rapport Cecchini, sur les marchés intérieurs américain et canadien¹⁴, soulignant l'intérêt que pouvait porter la Communauté économique européenne à l'expérience américaine¹⁵.

4. Les expériences américaines et communautaires apparaissent néanmoins inédites et l'influence qu'a pu avoir le modèle américain demeure relative. Comme le souligne le professeur PESCATORE, « *la Communauté reste [...] en principe « introvertie » du point de vue juridique. On ne constate guère l'influence d'autres systèmes juridiques [...]* »¹⁶.

Est-il, dès lors, opportun de comparer les règles gouvernant l'intégration des marchés dans les deux Unions ? La pertinence de la comparaison dépend en premier lieu des termes de la comparaison. En l'espèce, il s'agit de comparer la notion de marché commun aux Etats-Unis et dans l'Union européenne et plus particulièrement un de ses aspects : l'intégration négative des marchés. Aussi nous faut-il d'abord définir les termes du sujet.

Un même emploi de la notion de marché intérieur ?

5. Sur le plan économique, on distingue généralement quatre niveaux d'intégration régionale¹⁷ : l'espace de libre-échange, l'union douanière, le marché commun et l'union économique et monétaire¹⁸. Le terme « intégration », dans ce contexte, désigne « *le processus conduisant graduellement, avec le passage du temps, à une augmentation des échanges entre*

¹⁴ J. PELKMANS, *The internal markets of north America, fragmentation and integration in the US and Canada*, Research on the "Cost of non-Europe" Basic Findings, vol. 16, document of the Commission of the EU, 1988.

¹⁵ On relèvera également la parution, en 1982, d'un important ouvrage collectif, en plusieurs volumes, comparant les Etats-Unis et l'Europe dans un grand nombre de domaines juridiques touchant au marché : T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets, Perspectives from the United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford, 1982.

¹⁶ P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres », *RIDC*, 1980, p. 337, *spéc.* p. 352.

¹⁷ Les différentes étapes du processus d'intégration régionale ont été, en particulier, mises en évidence par l'économiste Bela BALASSA (v. B. BALASSA, *The theory of Economic Integration*, George Allen & Unwin Ltd, 1962).

¹⁸ V. not. à ce propos, R. GINSBERG, *Demystifying the European Union, The Enduring Logic of Regional Integration*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2007, *spéc.* pp. 97 et s. Certaines auteurs évoquent trois formes principales d'intégration économiques : la zone de libre-échange, l'union douanière, le marché commun (v. par ex. D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 4^{ème} ed., 2010, *spéc.* p. 30). D'autres identifient cinq formes d'intégration économique : la zone de libre-échange, l'union douanière, le marché commun, l'union économique, l'union économique et monétaire (v. par ex. G. LAGADEC, « Une union douanière : le choix historique », in E. FARVAQUE et G. LAGADEC (dir.), *Intégration économique européenne ; problèmes et analyses*, De Boeck Université, 2002, p. 33, *spéc.* p. 34).

les différentes sociétés concernées et à une forme plus centralisée de gouvernement »¹⁹. Chaque niveau d'intégration correspond à un certain degré d'avancement dans ce processus et se caractérise par une limitation croissante de la souveraineté des Etats.

6. Les deux premiers niveaux d'intégration sont définis dans les accords du GATT²⁰. Les deux derniers ne sont pas appréhendés par ces accords mais certains traités régionaux, tels que le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en donnent une définition et leurs traits saillants font l'objet d'un large consensus dans la doctrine.

7. Aux termes de l'article XXIV, §8 b) du GATT, une zone de libre-échange désigne « *un groupe de deux ou plusieurs territoires douaniers entre lesquels les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives [...] sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux portant sur les produits originaires des territoires constitutifs de la zone de libre-échange* »²¹. C'est, comme le soulignent les professeurs CARREAU et JUILLARD, « *la forme élémentaire de l'intégration économique* »²². De nombreux Etats ont formé, au cours des années, des zones de libre-échange. Peuvent être ainsi citées l'Association Européenne de Libre Echange (AELE), l'Association de Libre-Echange Nord Américaine (ALENA) ou encore l'Association des Nations du Sud-Est Asiatique (ASEAN).

8. L'Union douanière constitue, au sens de l'article XXIV, §8 a) du GATT, une zone de libre-échange à laquelle vient s'ajouter une réglementation commune des « *droits de douane et [...] autres réglementations appliqués par chacun des membres de l'Union au commerce avec les territoires qui ne sont pas compris dans celle-ci* ». Alors que, dans le cadre d'un espace de libre-échange, les Etats conservent leur propres compétences en matière douanière à l'égard des Etats tiers à l'espace, ils renoncent à cette compétence dans le cadre d'une union douanière, confiant aux institutions de cette dernière la compétence d'élaborer un tarif douanier commun et, le cas échéant, une politique commerciale commune. Quoique moins

¹⁹ R. DEHOUSSE and J. WEILER, "The Legal Dimension", in W. WALLACE (ed.), *The dynamics of european integration*, Pinter, 1990, p. 242. V. également A. MAITROT de la MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire, Recherche sur les impôts directs*, LGDJ, 2005, spéc. p. 46 ; L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, n° 1, 2008, p. 29.

²⁰ Accord Général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947. Des définitions avaient déjà été proposées antérieurement à l'accord (v. par ex. la définition de l'union douanière donnée par la Cour permanente de justice internationale dans son avis du 5 septembre 1931 relatif au régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche).

²¹ L'accord définit le « territoire douanier » comme « *tout territoire pour lequel un tarif douanier distinct ou d'autres réglementations commerciales distinctes sont appliqués pour une part substantielle de son commerce avec les autres territoires* » (article XXIV, §2).

²² D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, op. cit., p. 30.

fréquente que la zone de libre-échange, l'union douanière constitue une forme d'intégration régionale employée par de nombreux Etats. Le Benelux²³ ou le Zollverein²⁴ sont souvent cités comme exemples historiques d'unions douanières²⁵.

9. Le marché commun comporte une union douanière et lui associe la libre circulation des facteurs de production – marchandises, services, travailleurs, capitaux – entre les Etats membres²⁶. Matériellement, les notions de marché intérieur ou de marché unique apparaissent comme des synonymes de la notion de marché commun²⁷. Selon l'article 26, §2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), « *le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités* ». Qualitativement, les notions de marché intérieur et de marché commun n'apparaissent toutefois pas complètement identiques : le marché intérieur constitue, dans le vocabulaire communautaire, une étape supplémentaire dans l'intégration économique des marchés²⁸. En témoignent les évolutions terminologiques des traités – la notion de marché commun a été utilisée exclusivement jusqu'à l'Acte unique européen, puis a cohabité avec la notion de marché intérieur, pour disparaître, au profit de la seule notion de marché intérieur, dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe et le TFUE – ou certains arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Ainsi, dans l'arrêt *Schul* de 1982, la Cour a indiqué que « *la*

²³ Union douanière entre la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg, créée le 5 septembre 1944.

²⁴ Union douanière entre les États allemands, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1834.

²⁵ En pratique, ils sont devenus davantage des unions économiques que des unions douanières. Le Benelux présente ainsi les caractéristiques d'une union économique. La convention douanière a laissé place, le 3 février 1958, au traité instituant l'Union économique Benelux conclu pour 50 ans. Un nouveau traité a été signé à la Haye le 17 juin 2008.

²⁶ R. GINSBERG, *Demystifying the European Union...*, op. cit., p. 97.

²⁷ En ce sens, v. F. BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'Union Européenne*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1998, spéc. p. 32 ; P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Community*, 4th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, 2003, spéc. p. 407. Certains auteurs ont, cependant, soutenu que les notions de « marché intérieur » et de « marché commun » ne coïncidaient pas, la notion de marché intérieur, limitée aux libertés de circulation, étant matériellement plus étroite que la notion de « marché commun », qui couvrirait également les politiques communes et les règles de concurrence (v. par ex. P. PESCATORE, "Some critical remarks on the "Single European Act" ", *CML Rev*, vol. 24, 1987, p. 9 ; F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations » in *Répertoire communautaire Dalloz*, vol. 4, 1996, p. 7 ; L. GORMLEY, "Competition and Free Movement : is the Internal Market the Same as a Common Market ?", *EBLR*, vol. 13, 2002, p. 517).

²⁸ V. en ce sens, D. SIMON, « Commentaire de l'article 8A du traité CEE » in V. CONSTANTINESCO, J-P JACQUE, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, commentaire article par article*, éd. Economica, 1992 p 73 ; G. DELLIS, « Commentaire des articles 94 et 95 du traité CE », in P. LEGER (dir.) *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruylant, 2000, p. 896, spéc. p. 909 ; P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2007, p. 1.

notion de marché commun [...] vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celle d'un véritable marché intérieur »²⁹. On serait, néanmoins, bien en peine d'identifier, concrètement, des frontières entre les deux notions³⁰. A notre sens, le changement de vocabulaire est surtout symbolique³¹ – l'expression « marché intérieur » se rapprochant davantage de celle de « marché interne [d'un Etat] » – et ne s'est caractérisé, dans l'Union européenne, que par un changement de méthode³² et de procédure³³ mais non de contenu³⁴. Aux Etats-Unis, seules les expressions « marché commun »³⁵ et « marché unique »³⁶ ont pu être employées par le juge pour désigner

²⁹ CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, aff. 15/81, *Rec.* p. 1409, pt 33.

³⁰ En ce sens, v. not. F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, Thèse, Université Robert – Schuman – Strasbourg III, 1994, *spéc.* p. 19.

³¹ En ce sens, v. not. J-Y ART, « Marché intérieur » in A. BARAV et C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés Européennes*, PUF, 1993, p 644. L'auteur relève que l'ajout de la notion de marché intérieur avait avant tout pour objectif de donner un nouvel élan à la construction du marché européen.

³² A partir du milieu des années 1980, les institutions communautaires ont renoncé à harmoniser de manière détaillée les réglementations nationales, optant pour une méthode de rapprochement des législations plus souple et donc plus rapide. Cette technique, dite « nouvelle approche » « consiste à ne fixer dans le texte de la directive que les exigences essentielles et à renvoyer à la normalisation et à la certification l'appréciation de la conformité à ces exigences éventuelles » (R. GOSALBO BONO, « L'arrêt « Tabac » ou l'apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences », *RTDE* n° 4, 2001, p. 790, *spéc.* p. 799). V. à ce propos, la résolution du Conseil, du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (JO C 136, p. 1) et, plus récemment, la résolution du Conseil du 10 novembre 2003 relative à la communication de la Commission européenne intitulée « Améliorer l'application des directives nouvelle approche » (JO C 282, p. 3). Pour de plus amples développements, v. D. VAN LIEDEKERKE, « Harmonisation (des législations) », in A. BARAV et C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 566 ; F. AUBRY-CAILLAUD, *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Pédone, 1998.

³³ Avant l'Acte Unique européen, les mesures d'harmonisation étaient adoptées à l'unanimité (article 100 CEE). L'Acte Unique européen a inséré un article 100A dans le traité CEE (devenu article 95 CE puis 114 TFUE) permettant l'adoption à la majorité qualifiée des mesures d'harmonisation ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. L'unanimité a, cependant, été maintenue dans certains domaines, tels que la fiscalité (v. articles 113, 114 et 115 TFUE).

³⁴ S'il est vrai que la notion de marché commun n'était pas définie dans les traités et couvrait d'autres domaines que les libertés de circulation, il semble très formaliste de considérer que la notion de marché intérieur est matériellement plus étroite. Certes, une lecture stricte du traité, avant le remplacement de la notion de marché commun par celle de marché intérieur, conduisait à circonscrire le marché intérieur aux seules libertés de circulation. Mais, si l'on se réfère à d'autres textes, tels que le Livre blanc sur la réalisation du marché intérieur, on perçoit bien que le marché intérieur constituait, matériellement, le prolongement du marché commun, en incluant notamment la fiscalité et les règles de concurrence (v. Livre Blanc sur la réalisation du marché intérieur, 14 juin 1985, COM(85) 310 final).

³⁵ V. par ex. *Great Atlantic & Pac. Tea Co., Inc. v. Cottrell*, 424 U.S. 366, 380 ; *Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission*, 432 U.S. 333, 350 (1977) ; *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286, 293 (1980). L'expression est également reprise par les juridictions fédérales de premier ressort et d'appel (v. par ex. *Myra Holladays Sims v. State of Florida*, 832 F.2d 1558 (11th Cir. 1987)).

³⁶ V. par ex. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 573-574 (1995).

le marché fédéral, la notion de « marché intérieur » étant synonyme de « marché interne d'un Etat »³⁷.

10. L'union économique – à laquelle peut s'ajouter une union monétaire – apparaît comme la forme la plus intégrée d'organisation économique et régionale³⁸. Outre un marché commun, la création d'une union économique suppose le rapprochement des politiques macro-économiques et, le cas échéant, l'adoption d'une monnaie et d'une banque centrale communes³⁹. Comme le relève le professeur MARTUCCI, « [l']Union économique et monétaire parachève le marché intérieur. Cette évolution n'est toutefois pas inéluctable ; les économistes admettent qu'un marché unique peut fonctionner avec plusieurs monnaies »⁴⁰, même si, dans l'Union européenne, la coexistence de politiques monétaires disparates et d'un marché ouvert, notamment à la circulation des capitaux, ne semblait pouvoir perdurer⁴¹.

L'Union européenne est aujourd'hui une union économique et monétaire partielle. Les politiques économiques relèvent du domaine de la coordination⁴² et seuls 17 Etats participent à la troisième phase de l'union monétaire, consistant en l'abandon de leur monnaie nationale au profit de l'euro⁴³.

Aux Etats-Unis, tant la politique économique que la politique monétaire relèvent de la compétence exclusive de l'Etat fédéral⁴⁴. Pourtant, on ne qualifie pas les Etats-Unis d'union économique et monétaire, dans la mesure où cette terminologie est propre aux organisations

³⁷ V. par ex. *Amco Ukrservice v. American Meter Co.*, 312 F.Supp.2d 681, 689 (E.D.Pa., 2004) ; *AK Steel Corp. v. United States*, 192 F.3d 1367, 1378 (C.A.Fed. (Dist.Col.), 1999).

³⁸ V. en ce sens, E. NYAHOHO et P.-P. PROULX, *Le commerce international. Théories, politiques et perspectives industrielles*, Presses de l'Université du Québec, 2006, spéc. p. 245.

³⁹ Sur l'Union économique et monétaire, v. F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, thèse, Paris I, 2007.

⁴⁰ F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, op. cit., p. 25.

⁴¹ F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, op. cit., pp. 26-27 ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 4^{ème} éd., 2010, spéc. p. 15.

⁴² V. articles 120 à 126 TFUE. Le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, signé le 2 mars 2012 par 25 des 27 Etats membres, renforce largement la convergence des politiques économiques et budgétaires (ce traité n'a pas pour fondement le droit de l'Union. Il lui est cependant lié en ce sens qu'il ne pourra, selon son article 2, s'appliquer que dans la mesure où il est compatible avec les traités sur lesquels l'Union européenne est fondée et avec le droit de l'Union européenne). Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013 (v. article 14, §2 TSCG).

⁴³ Pour les 17 Etats de la zone euro, la compétence de l'Union en matière monétaire est devenue exclusive (v. articles 3 et 127 à 133 TFUE).

⁴⁴ Aux termes de l'article I, section 8, clause 5 : « [l]e Congrès aura le pouvoir [...] [d]e battre monnaie, d'en déterminer la valeur et celle de la monnaie étrangère ». Aux termes de l'article I, section 10, clause I : « [a]ucun Etat ne pourra [...] émettre du papier monnaie, donner cours légal, pour le paiement de dettes, à autre chose que la monnaie d'or ou d'argent ».

régionales d'intégration économique. Tel est également le cas des autres formes d'intégration régionale : les notions d'espace de libre-échange, d'union douanière et de marché commun renvoient toutes à des regroupements plus ou moins étroits d'Etats souverains. Ces notions n'ont donc, en principe, pas vocation à s'appliquer aux Etats fédéraux dont les entités fédérées ne sont pas souveraines sur le plan international⁴⁵. En conséquence, il semble, *a priori*, inapproprié d'employer ces concepts dans le contexte américain.

Toutefois, la Cour Suprême ainsi que la doctrine américaine ont pu recourir aux termes « espace de libre-échange »⁴⁶, « marché commun » ou encore « marché unique » pour caractériser le marché intérieur des Etats-Unis⁴⁷. L'emploi de ces notions par la juridiction suprême n'est toutefois guère conclusive. En effet, elle ne semble pas avoir réellement théorisé ces notions et l'on ne peut prétendre qu'elle aurait volontairement procédé à un rapprochement entre la fédération américaine et les organisations régionales d'intégration.

11. L'exposé des notions met donc en lumière les difficultés épistémologiques du sujet. Il ne permet pas d'écarter la pertinence de la comparaison mais ne suffit pas à établir celle-ci, dans la mesure où ces notions n'ont pas nécessairement la même signification dans chaque union. Aussi, faut-il les replacer dans les contextes historique et institutionnel des deux unions pour mesurer l'intérêt du rapprochement des systèmes.

Une histoire commune : la volonté du progrès économique par la liberté des échanges

12. Avant de prendre la forme fédérale, l'union des treize colonies, devenues indépendantes le 4 juillet 1776, a d'abord connu la forme confédérale. Le 5 septembre 1774, les représentants des Etats se réunissaient en un Congrès continental qui devait aboutir à l'adoption des articles de la Confédération le 15 novembre 1777. Ce traité⁴⁸, entré en vigueur le 1^{er} mars 1781, contenait les germes d'une union économique puisqu'il posait les principes

⁴⁵ A ce propos, v. *infra*.

⁴⁶ V. par ex. *Mc Leod v. J.E. Dilworth Co.*, 322 U.S. 327, 330 (1944) ; *Associated Industries of Missouri v. Lohman*, 511 U.S. 641, 650 (1994).

⁴⁷ V. notes 35 et 36. V. également C. DRAHOZAL, "Preserving the American Common Market : State and Local Governments in the United States Supreme Court", *Supreme Court Economic Review*, 1999, p. 233 ; N. R. WILLIAMS, "The Foundations of the American Common Market", *Notre Dame L. Rev.*, vol. 84, 2008, p. 409 ; N. R. WILLIAMS and B.P. DENNING, "The "New Protectionism" and the American Common Market", *Notre Dame L. Rev.*, vol. 85, 2009, p. 247.

⁴⁸ Sur la nature des articles de la Confédération, v. J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, thèse, Paris I, 2009, *spéc.* pp. 38-39.

de la libre circulation des citoyens et de l'égal accès aux activités économiques⁴⁹. Le Congrès n'ayant, cependant, aucune compétence en matière commerciale et aucun pouvoir de contrôle sur les Etats⁵⁰, ces dispositions sont demeurées virtuelles. Il est souvent considéré que cette impuissance et les rivalités commerciales de l'époque entre les Etats ont été l'une des principales raisons de la rédaction de la Constitution en 1787 – entrée en vigueur le 4 mars 1789 – et de la transformation de la confédération en Etat fédéral⁵¹. Pour la Cour Suprême, « *l'unique objectif pour lequel la Virginie a initié le mouvement qui a finalement produit la Constitution était de prendre en considération le commerce des Etats-Unis, d'examiner la situation relative et le commerce des Etats, de considérer jusqu'à quel point un système uniforme de réglementation commerciale pouvait être nécessaire pour l'intérêt commun [des Etats] et leur harmonie permanente* »⁵². La clause de commerce, qui attribue une compétence au Congrès pour réglementer le commerce entre les Etats, avec les nations étrangères et avec les tribus indiennes, procède directement de cette volonté de rompre avec les pratiques protectionnistes de la période confédérale⁵³. Telle qu'interprétée par la Cour Suprême et mise en œuvre par les institutions fédérales, elle « *a permis d'ouvrir la voie à l'établissement d'un*

⁴⁹ V. article IV des articles de la Confédération : « *Afin de garantir et de perpétuer l'amitié mutuelle et la compréhension entre la population des différents Etats de cette union, les habitants libres de chacun d'entre eux, à l'exception des indigents, des vagabonds et de ceux qui fuient la justice auront droit à tous les privilèges et immunités des citoyens libres des autres Etats; et les habitants de chaque Etat auront toute liberté d'entrer et de sortir de chacun des Etats, y bénéficieront des mêmes libertés de commerce et d'établissement, y seront soumis aux mêmes obligations, impositions et restrictions que les autres habitants, à condition que ces restrictions n'aient pas pour effet d'empêcher le transport de biens importés d'un Etat dans un autre Etat où résiderait le propriétaire; à condition également qu'aucune imposition, obligation ou restriction ne soit établie par un des Etats sur une propriété des Etats-Unis, ou la propriété de l'un d'entre eux. [...]* ». Cette disposition n'a pas été reprise dans la Constitution. Elle est toutefois parfois citée comme étant la source du droit constitutionnel à la libre circulation ("right to travel"). V. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, §3, *infra*.

⁵⁰ Sur les compétences du Congrès, v. article IX des articles de la Confédération.

⁵¹ V. en ce sens, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, vol. 1, Foundation Press, 3rd ed., 2000, *spéc.* pp. 1043 et s. ; D. COENEN, *The Commerce Clause*, New York, N.Y., Foundation Press, Thomson West, 2004, *spéc.* pp. 8 et s. ; D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause", *Mich. L. Rev.*, vol. 84, 1986, p. 1091 ; R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", *N. Y. U. L. Rev.*, vol. 63, 1988, p. 43, *spéc.* pp. 45 et s. ; B. P. DENNING, "Confederation-era Discrimination against Interstate Commerce and the Legitimacy of the Dormant Commerce Clause Doctrine", *Ky. L. J.* vol. 94, 2005-2006, p. 37 ; F. J. CONTE, "Sink or Swim Together : Citizenship, Sovereignty, and Free Movement in the European Union and the United States", *U. Miami L. Rev.*, vol. 61, 2007, p. 331. Cette analyse est toutefois contestée par certains (v. par ex. E. KITCH, "Regulation and the American Common Market", *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 6, 1982, p. 119).

⁵² *H.P. Hood and Sons*, 336 U.S., *préc.*, p. 533. Dans un sens analogue, v. *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9. Wheat.) 1, 190 (1824) ; *Reeves, Inc. v. Stake*, 447 U.S. 429, 447 (1980) ; *Camps Newfound/ Owatonna, Inc. v. Town of Harrison*, 520 U.S. 564 (1997).

⁵³ En ce sens, v. *Hughes v. Oklahoma*, 441 U.S. 322, 325 (1979).

marché unique à dimension continentale »⁵⁴.

13. Sans procéder à la genèse détaillée du marché commun puis du marché intérieur de l'Union européenne⁵⁵, quelques éléments paraissent utiles à la comparaison.

C'est d'abord dans le domaine du charbon et de l'acier que les six pays fondateurs ont choisi d'établir, en 1951, un marché commun. L'objectif était double : il s'agissait, d'une part, d'unir les Etats dans un domaine qui rendrait toute guerre impossible ; il s'agissait, d'autre part, d'assurer le développement économique des Etats participants⁵⁶. Le choix d'un secteur déterminé était également révélateur d'une méthode, consistant à procéder à des réalisations concrètes dans des domaines spécifiques⁵⁷. Si l'objectif était d'emblée politique⁵⁸, l'échec de la Communauté européenne de défense a conduit à recentrer le projet européen sur la sphère économique⁵⁹. En 1957, l'établissement du marché commun constitue ainsi l'un des principaux objectifs du traité CEE⁶⁰. Une période de transition de 12 ans était prévue pour y parvenir. En pratique, une partie du programme établi à cette fin a été réalisée avant la fin de la période de transition. Ainsi, l'Union douanière est devenue une réalité dès 1968. Toutefois, les succès initiaux n'ont pas conduit à la réalisation complète du marché commun, le processus engagé ayant connu un ralentissement certain au cours des années 1970⁶¹. C'est pourquoi, les institutions communautaires et les Etats se sont mobilisés, au début des années 1980, pour relancer la construction communautaire. Ces initiatives ont conduit à l'adoption, en 1986, de l'Acte Unique Européen qui a introduit, notamment, la notion de « marché

⁵⁴ H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, op. cit., p. 121.

⁵⁵ A ce sujet, v. not. A. SCHRAUWEN, *Marché Intérieur, recherche sur une notion*, thèse, Amsterdam, 1997 ; P. CRAIG, "The evolution of the Single Market", in C. BARNARD and J. SCOTT, *The Law of the Single European market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, p. 1.

⁵⁶ V. en ce sens le discours de R. SCHUMAN, prononcé le 9 mai 1950.

⁵⁷ Méthode dite fonctionnaliste, fondée sur des objectifs concrets et impliquant des changements graduels (v. à ce propos, F. DE LA SERRE, M.-E. DE BUSSY et H. DELORME, « Approches théoriques de l'intégration européenne », *RFSP*, n° 3, 1971, p. 615 ; R. DEHOUSSE, "Rediscovering Functionalism", *Jean Monnet Working Paper*, n° 7, 2000).

⁵⁸ En ce sens, v. H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, op. cit., p. 121.

⁵⁹ P. CRAIG, "The evolution of the Single Market", op. cit. p. 1.

⁶⁰ V. article 2 du traité de Rome : « [l]a Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit ».

⁶¹ V. à ce propos, T. PADOA-SCHIOPPA and M. EMERSON, *Efficacité, stabilité, équité : une stratégie pour l'évolution du système économique de la Communauté européenne – Rapport à la Commission des Communautés européennes*, Economica, 1987, spéc. pp. 34-36.

intérieur » dans le traité⁶². Aux termes de l'article 8A du traité CEE, tel que modifié par l'AUE, le marché intérieur devait être établi progressivement, au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992. A cette fin, la Commission européenne avait identifié, dans le Livre blanc, une série de mesures à adopter au cours de cette période⁶³. La date du 31 décembre 1992 n'avait pas, comme le précisait la déclaration n°3 de l'Acte Final, d'effet automatique⁶⁴, de sorte que, si des progrès considérables ont été réalisés, l'établissement du marché intérieur s'est poursuivi par la suite⁶⁵. Ainsi, en matière de libre prestations de services, une étape importante a été franchie avec l'adoption de la directive « services » en 2006⁶⁶. Celle-ci a conduit à l'examen systématique des mesures étatiques relatives aux services et à la suppression de nombreuses contraintes réglementaires. Actuellement, les travaux des institutions de l'Union se poursuivent dans divers domaines afin d'ouvrir davantage les marchés et d'approfondir l'intégration⁶⁷.

14. L'examen des cadres historiques met donc en perspective les différences contextuelles entre les Etats-Unis et l'Union européenne. Il révèle, en particulier, une différence notable entre les constructions américaine et communautaire : l'Union européenne a élaboré un plan global et progressif d'établissement d'un marché intérieur, sans se donner formellement pour objectif la constitution d'un Etat fédéral. Tel n'a pas été le cas aux Etats-Unis où la forme fédérale s'est rapidement imposée alors que les objectifs en terme de marché intérieur se sont

⁶² A ce propos, v. *supra*.

⁶³ Livre Blanc sur la réalisation du marché intérieur, préc. 310 mesures ont été recensées en annexe du livre blanc, assorties d'un calendrier d'adoption et de transposition.

⁶⁴ V. à ce propos, J. DE RUYT, *L'Acte Unique Européen, Commentaire*, éditions de l'Université de Bruxelles, coll. Etudes Européennes, 1989, *spéc.* p. 158 ; M. AYRAL, « La suppression des contrôles aux frontières intra-communautaires », *RMUE*, 1993, p. 13, *spéc.* pp. 18 et s.

⁶⁵ En 2000, le Conseil européen de Lisbonne, dans ses conclusions, a proposé « [d]es réformes économiques pour achever et rendre pleinement opérationnel le marché intérieur ». De même, en 2007, la Commission a recensé un certain nombre de barrières existant encore sur le marché (v. Commission staff working document, « The single market : review of achievements » (COM(2007) 724 final)).

⁶⁶ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur (JO L 376 du 27.12.2006, p. 36).

⁶⁷ V. par ex. la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (COM(2011) 883) et l'« Acte pour le marché unique. Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance "Ensemble pour une nouvelle croissance" » (COM(2011) 206 final).

révélés beaucoup plus flous⁶⁸.

15. Toutefois, un rapprochement est possible, dès lors que l'on envisage les motivations respectives des pères fondateurs des Etats-Unis et de ceux de l'Union européenne⁶⁹. Dès la création de la fédération américaine, le décloisonnement des marchés étatiques est apparu nécessaire au développement économique de la nation. Dans *The Federalist*, A. HAMILTON faisait ainsi valoir que « *des échanges libres entre les Etats fera progresser le commerce de chacun par l'échange de leurs productions, non seulement par la fourniture réciproque de biens, mais également par les exportations vers les marchés étrangers. Les veines du commerce seront partout renforcées et gagneront en vigueur grâce à la libre circulation des biens entre les Etats [...]. Le solde du commerce des Etats-Unis sera beaucoup plus favorable que celui des treize Etats sans union ou avec une union partielle* »⁷⁰. Cette conviction que la liberté des échanges et l'union économique sont sources de progrès économique a été largement partagée par les pères fondateurs des Communautés européennes. Ainsi, les rédacteurs du rapport Spaak ont soutenu que la création du marché commun devait permettre « *une expansion continue, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et le développement de relations harmonieuses entre les Etats [...]* »⁷¹. Les avantages économiques du marché intérieur et ses potentialités ont souvent été rappelés depuis⁷², pour justifier les approfondissements de l'intégration⁷³.

16. Cette adhésion aux principes du libre-échange, de part et d'autre de l'Atlantique, a

⁶⁸ En ce sens, v. F. MAUPAIN, *L'intégration économique et l'intégration juridique...*, op. cit., p. 5 : « *l'intégration du marché américain s'est développée dans le cadre d'une union politique préexistante – dont elle était d'ailleurs l'une des principales justifications – tandis que l'intégration économique européenne devait, dans l'esprit de ses pères, déboucher un jour sur une union politique* ».

⁶⁹ V. à ce propos, R. GINSBERG, *Demystifying the European Union...*, op. cit., p. 206.

⁷⁰ « *An unrestrained intercourse between the States themselves will advance the trade of each by an interchange of their respective productions, not only for the supply of reciprocal wants at home, but for exportation to foreign markets. The veins of commerce in every part will be replenished, and will acquire additional motion and vigor from a free circulation of the commodities of every part. Commercial enterprise will have much greater scope, from the diversity in the productions of different States. [...] The speculative trader will at once perceive the force of these observations, and will acknowledge that the aggregate balance of the commerce of the United States would bid fair to be much more favorable than that of the thirteen States without union or with partial unions* » (A. HAMILTON, *The Federalist*, n° 11, 1787).

⁷¹ Comité intergouvernemental créé par la conférence de Mesrine, Rapport des chefs de délégation aux ministres des affaires étrangères (dit « Rapport Spaak »), Bruxelles, 21 avril 1956, p. 13.

⁷² V. par ex. le rapport Cecchini sur « le coût de la non-Europe » de 1988 et la communication de la Commission « Europe 2020. Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive » (COM(2010) 2020 final).

⁷³ V. par ex. la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Un marché unique pour l'Europe du 21^e siècle (COM(2007) 725 final) ; l'« Acte pour le marché unique II. Ensemble pour une nouvelle croissance » (COM(2012) 573 final).

donc conduit à la mise en œuvre d'instruments juridiques spécifiques. Afin de déterminer si ces instruments sont comparables, il convient encore d'examiner l'organisation institutionnelle de chaque Union.

La réalisation du marché intérieur s'accommode de contextes institutionnels partiellement différents

17. Sur le plan institutionnel, les deux Unions divergent à de nombreux points de vue. En dépit des différences observées, les points de convergence permettent, cependant, un rapprochement certain.

Une forme différente, des principes de fonctionnement communs

18. L'une des différences majeures, qui se reflète d'ailleurs dans la difficulté à recourir à une terminologie commune, est la forme juridique *a priori* différente de l'Union européenne et des Etats-Unis. Les Etats-Unis sont un Etat fédéral⁷⁴, tandis que l'Union européenne, dont la qualification a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux⁷⁵, n'a pas la qualité d'Etat⁷⁶. Certes, certains ont proposé de dépasser cette conception « classique » de chaque Union et ont montré que la nature des deux Unions était, sous de nombreux aspects, la même, de sorte qu'elles pouvaient être qualifiées semblablement de fédération d'Etats⁷⁷. Il n'en demeure pas

⁷⁴ En ce sens, v. O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté - Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, n° 1, 1998, p. 83, *spéc.* p. 109 : « [...] les Etats-Unis [...] sont passés en deux siècles d'une Fédération à un Etat fédéral ».

⁷⁵ V. not. à ce propos, V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés européennes*, LGDJ, 1974 ; C. LEBEN, « A propos de la nature juridique des communautés européennes », *Droits*, 1991, p. 61 ; A. D. PLIAKOS, « La nature juridique de l'Union européenne », *RTDE*, n° 2, 1993, p. 187 ; E. ZOLLER, *Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, Recueil des cours de l'Académie de droit de La Haye, Tome 294 (2002) p 41 ; M. BURGESS, *Comparative Federalism, Theory and Practice*, Routledge, 2006, pp. 226-248 ; R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, OUP, 2009. V. également les importants développements consacrés par J. HEYMANN à cette question et son étude des différentes opinions doctrinales à cet égard (J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op. cit.*, pp. 17-81).

⁷⁶ V. C. KESSEDJIAN, « Entrave et disparités des législations », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 25, *spéc.* p. 42.

⁷⁷ Sur la notion de « fédération », v. O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté - Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, n° 1, 1998, p. 83. Sur le rapprochement Etats-Unis / Union européenne, v. J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op. cit.* V. également, K. LENAERTS, "Constitutionalism and the Many Faces of Federalism", *Am. J. Comp. L.*, vol. 38, 1990, p. 205 ; K. LENAERTS, "Federalism: Essential Concepts in Evolution – The Case of the European Union", *Fordham Int'l L.J.*, vol. 21, 1998, p. 746, *spéc.* p. 748. Le professeur LENAERTS envisage l'Union européenne comme une forme de fédération d'Etats, dans la mesure où « le fédéralisme, en tant que moyen de structurer des relations entre des autorités interconnectées, peut être utilisé dans le cadre ou en dehors du cadre de l'Etat-nation ».

moins que des différences notables subsistent.

Sans procéder à un recensement détaillé, nous pouvons relever les différences les plus saillantes résultant de cette disparité typologique.

Ainsi, l'Etat fédéral américain exerce, à titre exclusif, la souveraineté externe⁷⁸. Si l'Union européenne dispose de compétences en matière internationale⁷⁹, déléguées par les Etats membres, les Etats ont néanmoins conservé leur souveraineté externe.

La révision de la Constitution fédérale ne nécessite pas l'approbation de l'ensemble des Etats fédérés⁸⁰ alors que c'est le cas de la révision des traités de l'Union européenne⁸¹.

Les compétences régaliennes demeurent essentiellement du ressort de l'Etat fédéral : il est ainsi exclusivement compétent en matière de défense⁸² ou dans le domaine monétaire⁸³. De même, il attribue la citoyenneté. Dans l'Union européenne, la politique de défense demeure essentiellement du ressort des Etats⁸⁴, seuls certains Etats participent à la troisième phase de

⁷⁸ Ainsi, les compétences « internationales » sont exclusivement exercées par la fédération aux Etats-Unis. L'article 1, section 10 de la Constitution américaine interdit expressément aux Etats d'être parties « à un traité ou une alliance ou à une Confédération ».

⁷⁹ V. le titre V du TUE relatif à l'action extérieure de l'Union et à la politique étrangère et de sécurité commune ainsi que la 5^{ème} partie du TFUE relative à l'action extérieure de l'Union.

⁸⁰ V. article V de la Constitution : « [l]e Congrès, quand les deux tiers des deux Chambres l'estimeront nécessaire, proposera des amendements à la présente Constitution ou, sur la demande des législatures des deux tiers des Etats, convoquera une convention pour en proposer ; dans l'un et l'autre cas, ces amendements seront valides à tous égards comme faisant partie intégrante de la présente Constitution, lorsqu'ils auront été ratifiés par les législatures des trois quarts des Etats, ou par des conventions dans les trois quarts d'entre eux, selon que l'un ou l'autre mode de ratification aura été proposé par le Congrès, sous réserve que nul amendement qui serait adopté avant l'année mil huit cent huit ne puisse en aucune façon affecter la première et la quatrième clause de la neuvième section de l'article premier, et qu'aucun Etat ne soit, sans son consentement, privé de l'égalité de suffrage au Sénat ».

⁸¹ Certes, le traité de Lisbonne a innové en introduisant une procédure de révision simplifiée à l'article 48 TUE. Toutefois, elle nécessite l'unanimité au Conseil européen et, dans certaines hypothèses, tout parlement national peut s'opposer aux initiatives du Conseil européen. Aussi, pour reprendre les termes de M. PRIOLLAUD et M. SIRITZKY, « [l]e maintien de l'unanimité laisse les Etats membres « maîtres des traités » [...]. Ils restent donc les véritables détenteurs de la « compétence de la compétence » [...] qui est la définition de la souveraineté selon le juriste allemand Jellinek. Le choix opéré par les rédacteurs du traité de Lisbonne n'est pas sans influence, d'un point de vue théorique, sur la nature de l'Union. Le consentement unanime des Etats confirme, combiné avec d'autres dispositions (telles que le droit de retrait) que le traité de Lisbonne ne transforme pas l'Union européenne en un Etat fédéral [...] » (F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, La documentation française, 2008, spéc. p. 142). En pratique, cependant, les traités ont été modifiés à plusieurs reprises, tandis que la Constitution américaine n'a fait l'objet, en plus de 200 ans, que de 27 amendements (dont les 10 premiers ont été ratifiés, ensemble, le 15 décembre 1791).

⁸² V. l'article 1, section 8, clauses 11 et 12, l'article 1, section 10, clause 3 et l'article 2, section 2, clause 1 de la Constitution.

⁸³ V. *supra*.

⁸⁴ V. articles 42 à 46 TUE.

l'Union économique et monétaire⁸⁵ et la citoyenneté de l'Union est entièrement conditionnée par la nationalité d'un Etat membre⁸⁶.

Par ailleurs, les capacités d'action respectives des Etats et de l'Union sont, sur le plan budgétaire, dans un rapport inversé aux Etats-Unis et dans l'Union européenne. La Constitution américaine attribue au Congrès le pouvoir de lever des impôts⁸⁷ et le budget fédéral représente un montant supérieur à celui du total des budgets des Etats et collectivités locales américaines, soit 20% de la richesse nationale⁸⁸. Par comparaison, le budget de la France est près de deux fois supérieur à celui de l'Union⁸⁹, qui ne représente que 1% de la richesse créée par les Etats membres⁹⁰.

19. Ces différences sont autant de conséquences de la forme distincte des deux Unions⁹¹. Elles ne constituent pas un obstacle dirimant à la comparaison mais représentent un facteur explicatif décisif des divergences que nous constaterons tout au long de l'étude⁹².

⁸⁵ V. *supra*.

⁸⁶ Sur la notion de citoyenneté aux Etats-Unis et dans l'Union européenne, v. C. TIMMERMANS, "Lifting the Veil of Union Citizens' Rights", in N. COLNERIC, D. EDWARD, J.-P. PUISSOCHET et D. RUIZ-JAROB COLOMAR (eds.), *Une Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2003, p. 195, *spéc.* p. 205 ; M. BENLOLO CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2007, *spéc.* p. 220.

⁸⁷ V. article I, section 8, clause 1 de la Constitution.

⁸⁸ E. AUBER, *La répartition des compétences : une comparaison Etats-Unis – Europe*, L'Harmattan, 2009, *spéc.* p. 104.

⁸⁹ L'UE perçoit un impôt sur les traitements des fonctionnaires qui lui fournit 400 millions d'euros de recettes annuelles (v. l'article 13, al 1^{er}, du protocole sur les privilèges et immunités des CE du 8 avril 1965 et le règlement n° 260/68 du Conseil portant fixation des conditions et de la procédure d'application de l'impôt établi au profit des Communautés européennes (JO L 56, p. 8)). Par ailleurs les droits de douane, prélèvements agricoles ainsi que les cotisations « sucre » constituent les « ressources propres » de l'Union. On ne peut parler à cet égard d'impôt « européen » puisque ce sont les Etats qui les perçoivent, en retenant 25% des sommes prélevées et les reversent au budget de l'Union. A cela, s'ajoutent les contributions financières des Etats (v. à ce propos M. de WOLF, *Souveraineté fiscale et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Bruylant, LGDJ, 2005, pp. 43 et s.).

⁹⁰ Source : Europa. Corollaire de cette capacité budgétaire, l'administration fédérale américaine emploie trois millions de fonctionnaires alors que moins de 40 000 fonctionnaires travaillent au service des institutions de l'Union européenne (v. à ce propos, A. ARENA, "The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between *Sein* and *Sollen*", *Jean Monnet Working Paper* n° 03/10 (<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/10/100301.html>), p. 17).

⁹¹ L'objet de la thèse n'est pas de prendre parti sur la nature des deux Unions. Il nous semble, cependant que l'approfondissement de l'intégration dans l'UE ne conduit pas nécessairement à un rapprochement des deux unions (en ce sens, v. E. STEIN and T. SANDALOW, "On the two systems...", *op. cit.*, p. 5). Outre que la transformation de l'UE en un véritable Etat fédéral apparaît être une perspective plus qu'incertaine, il nous semble que la construction communautaire s'inscrit moins dans une logique fédérale, c'est-à-dire dans une logique de répartition des compétences, que dans une logique fonctionnelle, consistant à réaliser certains objectifs. V. *infra*.

⁹² Pour la synthèse des divergences et les explications de ces divergences, v. la conclusion de la thèse.

20. Les systèmes institutionnels américain et communautaire présentent, néanmoins, un certain nombre de similitudes, de telle sorte que certains ont pu considérer que « *les règles du fonctionnement du marché intérieur se [rapprochaient] beaucoup plus des règles qui gouvernent le marché américain que de celles qui régissent les échanges entre les Etats parties à l'OMC ou à l'ALENA* »⁹³.

21. L'examen du régime des compétences et des règles gouvernant celles-ci révèlent ainsi un certain nombre d'analogies⁹⁴.

A l'origine, les compétences des Communautés puis de l'Union européenne n'étaient pas énumérées dans les traités. Tel est le cas, depuis le traité de Lisbonne⁹⁵, comme le sont les compétences des institutions fédérales dans la Constitution américaine⁹⁶. Ainsi, le Congrès américain est, aux termes de l'article I, section 8 de la Constitution, compétent pour réglementer le commerce entre les Etats fédérés⁹⁷. L'Union européenne dispose, semblablement, d'une compétence pour établir le marché intérieur⁹⁸.

Dès lors qu'une compétence n'est pas attribuée à l'Union, elle appartient aux Etats⁹⁹. Une telle compétence doit néanmoins être exercée dans le respect des interdictions explicites ou implicites contenues dans le texte de la Constitution ou des traités¹⁰⁰.

Par ailleurs, deux principes communs gouvernent notamment les rapports entre l'ordre juridique « central » et l'ordre juridique des « Etats membres » : le principe de primauté et le

⁹³ C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruylant, 2006, spéc. p. 2. Cette plus grande proximité entre les règles américaines et communautaires qu'entre les règles communautaires et les règles de l'OMC résulte, notamment, du fait que « *le droit de l'OMC ne recherche pas la réalisation d'un marché unique mondial* » (P. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC », *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 603, spéc. p. 626).

⁹⁴ E. AUBER par de « *mécanismes similaires d'ajustement des compétences* » (E. AUBER, « Etats-Unis versus Union européenne – Observations comparatives sur la répartition des compétences », *RMCUE*, n° 517, 2008, p. 221, spéc. pp. 224-225).

⁹⁵ V. articles 3 à 6 TFUE.

⁹⁶ V. not. l'article 1, section 8 et l'article 2, sections 2 et 3 de la Constitution.

⁹⁷ En pratique, cette compétence porte aussi bien sur le commerce des marchandises que sur le commerce des services. En outre, l'article I, section 8 de la Constitution a servi de base juridique à un très grand nombre d'actes dont certains n'ont qu'un rapport très lointain avec la matière commerciale (v. par ex., *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241 (1964) : constitutionnalité d'une législation interdisant la ségrégation raciale dans certains établissements hôteliers ; *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, préc. : inconstitutionnalité du *Gun-Free School Zones Act* pénalisant le port d'armes aux abords des zones scolaires).

⁹⁸ V. articles 4, 114 et 115 TFUE.

⁹⁹ V. le 10^{ème} amendement de la Constitution et l'article 5, §2 TUE.

¹⁰⁰ V. à ce propos, *infra*.

principe de l'effet direct¹⁰¹. Aux termes du premier principe, le droit de l'« Union » prime sur le droit des « Etats membres »¹⁰². Aux termes du second principe, le droit de l'Union, qui s'intègre directement dans le droit de Etats membres, engendre des droits dans le chef des particuliers¹⁰³. Il en résulte, concrètement, qu'aucune mesure de réception n'est nécessaire, au niveau étatique, pour que le droit de l'Union puisse être mis en œuvre. Il en résulte également que les juridictions étatiques ont l'obligation d'appliquer, à l'occasion des contentieux dont elles sont saisies, le droit de l'Union¹⁰⁴.

22. Nonobstant les larges différences institutionnelles, ces compétences et principes ont contribué de part et d'autre de l'Atlantique à l'établissement d'un marché intérieur. Dans ce cadre, les juridictions, bien qu'évoluant dans des cadres procéduraux différents, ont joué un rôle majeur¹⁰⁵.

Des procédures juridictionnelles différentes, un contrôle relativement comparable des législations étatiques

23. Les premiers « agents » de l'intégration négative des marchés¹⁰⁶ sont les juridictions, chargées de contrôler que les Etats ne transgressent pas les interdictions formulées, explicitement ou implicitement, dans les textes « constitutionnels »¹⁰⁷. Ainsi, à l'instar de la Cour de justice dans l'Union européenne, « *la Cour Suprême, a bien été le grand artisan du*

¹⁰¹ On pourrait ajouter à ces deux principes communs le principe de subsidiarité (v., à ce propos, G. A. BERMAN, "Taking Subsidiarity seriously : federalism in the European Community and the United States", *Colum. L. Rev.*, vol. 94, 1994, p. 331).

¹⁰² Le principe de primauté du droit fédéral figure à l'article 6, clause 2 de la Constitution fédérale américaine. Dans l'UE, c'est la Cour de justice qui a consacré le principe de primauté (CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141).

¹⁰³ Dans l'UE, v. CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 3. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême a considéré que la Constitution émanait directement du peuple et non des Etats. En conséquence, elle s'impose à ces derniers, sans qu'ils puissent s'y opposer (v. not. *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816) ; *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)). Il en résulte que les particuliers peuvent invoquer, devant les juridictions, la Constitution et le droit fédéral. Le *Civil Right Acts* de 1871 a, à cet égard, prévu la possibilité pour toute personne dont un droit constitutionnel a été violé d'engager un recours en responsabilité (42 USC § 1983).

¹⁰⁴ V. à ce propos, K. LENAERTS, "Constitutionalism...", préc., pp. 209 et s. Toutes les normes juridiques de l'UE ne sont pas d'effet direct. Pour de plus amples développements, v. par ex. G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012, *spéc.* pp. 375-397.

¹⁰⁵ En ce sens, v. K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988, *spéc.* p. 652, n. 88.

¹⁰⁶ Sur la définition précise des termes « intégration négative », v. *infra*, p. 22.

¹⁰⁷ En ce sens, v. T. SANDALOW, "The Expansion of Federal Legislative Authority", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets, Perspectives from the United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford 1982, Vol. I, p. 49, *spéc.* pp. 49-50.

marché unique aux Etats-Unis »¹⁰⁸. Aussi convient-il d'esquisser les grandes lignes des procédures juridictionnelles dans chaque Union¹⁰⁹.

24. Aux Etats-Unis, les compétences du pouvoir judiciaire fédéral sont, « *d'une manière très générale et plutôt disparate* »¹¹⁰, énumérées à l'article III, section 2, clause 1 de la Constitution¹¹¹. Il ne ressort pas clairement du texte que les juridictions fédérales ont le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales¹¹² et des lois étatiques¹¹³. La Cour Suprême a, toutefois, considéré, en se fondant notamment sur la *supremacy clause*¹¹⁴, qu'il revenait aux juridictions de faire prévaloir la Constitution fédérale sur les normes fédérales infra-constitutionnelles¹¹⁵ et sur les normes étatiques¹¹⁶. Cette exigence s'impose à toutes les juridictions, tant fédérales qu'étatiques, la Cour Suprême étant compétente en dernier

¹⁰⁸ P. JUILLARD, « Les orientations de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême : établissement du marché unique et renforcement des libertés publiques », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 59.

¹⁰⁹ Pour de plus amples développements sur la Cour Suprême et le système juridictionnel américain, v. not. E. ZOLLER, « Présentation de la Cour Suprême des Etats-Unis », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 5, 1998, p. 34 ; C. LERAT, *La Cour Suprême des Etats-Unis : pouvoirs et évolution historique*, Presse Universitaire de Bordeaux, 2003. Sur la Cour de justice de l'Union européenne, v. R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1997 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Coll. Droit Fondamental, PUF droit, 3^{ème} éd., 2001 ; F. PICOD, « Cour de justice – Composition – Organisation – Compétences », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 265, 2011. Pour une comparaison des deux juridictions, v. en particulier, K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, *op. cit.* ; G. F. MANCINI, "The United States Supreme Court and the European Court of Justice", in G. F. MANCINI, *Democracy and constitutionalism in the EU. Collected Essays*, Hart, Oxford, 2000, p. 163.

¹¹⁰ V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 2006, *spéc.* pp. 90 et s.

¹¹¹ « [I]e pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas de droit et d'équité ressortissant à la présente Constitution, aux lois des États-Unis, aux traités déjà conclus, ou qui viendraient à l'être sous leur autorité ; à tous les cas concernant les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls ; à tous les cas relevant de l'Amirauté et de la juridiction maritime ; aux différends auxquels les États-Unis seront partie ; aux différends entre deux ou plusieurs États, entre citoyens de différents États, entre citoyens d'un même État revendiquant des terres en vertu de concessions d'autres États, entre un État ou ses citoyens et des États, citoyens ou sujets étrangers ». Il ressort de cette disposition que la Cour Suprême est compétente en 1^{er} ressort pour les affaires concernant les ambassadeurs, les autres ministres publics et consuls ainsi que les affaires dans lesquelles un Etat est partie. Dans les autres cas, elle est compétente en dernier ressort.

¹¹² V. à ce propos, K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, *op. cit.*, pp. 598 et s. ; C. LERAT, *La Cour Suprême des Etats-Unis...*, *op. cit.*, pp. 23 et s.

¹¹³ Le contrôle de constitutionnalité des lois étatiques apparaît, toutefois, plus évident à la lecture de la *supremacy clause* (« [I]a présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront, et tous les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ; et les juges dans chaque État seront liés par les susdits, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des États »).

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

¹¹⁶ *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 87 (1810).

ressort¹¹⁷. La Cour Suprême n'a toutefois pas l'obligation de se prononcer sur les affaires dont elle est saisie et, en pratique, seuls 2% des recours sont effectivement entendus¹¹⁸. Cette circonstance explique, en partie, certaines divergences entre les jurisprudences américaine et communautaire, la Cour de justice de l'Union européenne étant dans l'obligation de se prononcer sur les affaires dont elle est saisie, si les critères de recevabilité sont réunis¹¹⁹. Par ailleurs, la Cour Suprême n'est saisie que de litiges concrets et ne prononce l'inconstitutionnalité d'une mesure que de manière incidente. Dans cette hypothèse, elle n'annule pas la norme inconstitutionnelle mais la rend inapplicable au cas d'espèce¹²⁰.

25. Dans l'Union européenne, différents types de recours ont été prévus dans le traité, ce qui, comme l'a relevé le professeur LENAERTS, « *a évité le traumatisme provoqué par la question de la légitimité du contrôle de la constitutionnalité des lois, qui a dominé l'histoire du pouvoir judiciaire fédéral des Etats-Unis* »¹²¹. Dans le cadre de l'intégration négative, deux voies de droit sont plus particulièrement mises en œuvre pour garantir le respect des dispositions du traité. Il s'agit, d'une part, du recours en manquement et, d'autre part, du renvoi préjudiciel. Aucune de ces voies de droit n'a d'équivalent dans la procédure juridictionnelle américaine¹²². La première, prévue aux articles 258 à 260 TFUE, permet à la Commission ou à un Etat membre de saisir la Cour de justice si elle ou il estime qu'un Etat membre « *a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités* »¹²³. Il n'est pas nécessaire que la règle étatique litigieuse ait été appliquée dans un cas concret pour que le

¹¹⁷ Cette compétence en dernier ressort a été contestée, certains Etats considérant qu'ils conservaient un pouvoir d'interprétation propre de la constitution fédérale et pouvaient refuser l'application d'une loi fédérale en raison de son inconstitutionnalité (théories de l'interposition et de la nullification. V. à ce propos, E. STEIN and T. SANDALOW, "On the two systems...", *op. cit.*, pp. 10-11 ; O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté... », *préc.*, pp. 116-117 ; J.-P. FELDMAN, *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, PUF, 2004 ; J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op. cit.*, pp. 40 et s.).

¹¹⁸ E. ZOLLER, « La Cour suprême des Etats-Unis entre création et destruction du droit », *La création du droit par le juge*, *Archives de philosophie du droit*, Tome 50, 2007, p. 277, *spéc.* p. 285. Le pouvoir d'accueillir une requête est discrétionnaire. La Cour a, toutefois, établi des critères dans son règlement (v. à ce propos, E. ZOLLER, « Présentation de la Cour Suprême des Etats-Unis », *préc.*).

¹¹⁹ V. *infra* et 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, §2.

¹²⁰ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, 2ème éd., 1999, *spéc.* pp. 103 et s.

¹²¹ K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, *op. cit.*, p. 601.

¹²² Le recours en manquement peut, néanmoins, dans certaines circonstances, se rapprocher du contentieux américain (par exemple, la Cour Suprême est compétente pour se prononcer en 1^{er} ressort sur un litige opposant deux Etats).

¹²³ Articles 258 et 259 TFUE.

recours puisse être engagé¹²⁴. Un arrêt en manquement n'a pas pour effet de rendre l'acte litigieux nul, mais l'Etat membre concerné « *est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour* » et peut être condamné à des sanctions pécuniaires s'il ne se conforme pas à cette obligation¹²⁵. La seconde, prévue à l'article 267 TFUE, permet aux juridictions nationales de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation des traités et des actes pris par les institutions de l'Union¹²⁶. Cette voie de droit a ouvert des potentialités substantielles d'examen des législations étatiques. En outre, comme aux Etats-Unis, où les juridictions étatiques doivent faire primer la constitution fédérale sur les normes étatiques, les juridictions des Etats membres ont, en vertu du principe de l'effet direct et de l'effet immédiat¹²⁷, l'obligation d'appliquer le droit de l'UE et d'écarter toute norme étatique contraire.

26. La nature différente des voies de recours explique certaines disparités entre les jurisprudences américaine et communautaire. En particulier, elle explique la fréquence des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne dans le domaine du marché intérieur comparée aux arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis¹²⁸.

27. Toutefois, ces procédures contentieuses ont toutes permis aux juridictions d'effectuer un contrôle effectif des législations étatiques et supra-étatiques, permettant ainsi de réaliser, juridiquement, le marché intérieur.

28. Aux termes de ce bref examen des cadres historiques et institutionnels, il apparaît que la réalisation des marchés intérieurs américain et communautaire s'inscrit dans des environnements différents. Elle répond, néanmoins, à une volonté similaire et repose, dans une certaine mesure, sur des mécanismes et principes convergeant vers un résultat comparable¹²⁹.

29. Dès lors que la comparaison paraît, en la matière, dotée d'une certaine pertinence et

¹²⁴ V. not. CJCE, 4 avril 1974, *Commission c/ France*, aff. 167/73, *Rec.* p. 359.

¹²⁵ Article 260 TFUE.

¹²⁶ Les juridictions peuvent également interroger la Cour sur la validité des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

¹²⁷ V. *supra*.

¹²⁸ V. à ce propos, 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, §2, *infra*.

¹²⁹ V. en ce sens, G. F. MANCINI, "The United States Supreme Court and the European Court of Justice", *op. cit.*, p. 168.

permet un regard critique croisé¹³⁰, il importe de préciser le cadre exact de l'étude.

Une comparaison limitée à l'interdiction des entraves à la libre circulation des marchandises, des personnes et des services

30. Le marché intérieur, comme les autres formes d'intégration, est d'abord un phénomène économique désignant un certain degré d'interpénétration des économies étatiques. On perçoit cependant bien l'importance du droit pour parvenir à ces réalités économiques. Plus précisément, l'édiction de règles de droit est une condition préalable ou nécessaire pour garantir la libre circulation des facteurs de production. Elle n'est toutefois pas une condition suffisante, créant seulement la potentialité d'un marché intérieur¹³¹. Le droit ne peut, en effet, dicter le choix des agents économiques de profiter ou non de l'existence légale d'un marché intérieur¹³². En l'absence de règles, cependant, la création spontanée d'un marché intérieur, dans lequel les facteurs de production circuleraient librement, apparaît improbable¹³³.

Juridiquement, l'établissement d'un marché intérieur résulte d'un double processus : un processus dit d'« intégration négative » et un processus dit « d'intégration positive »¹³⁴.

L'« intégration négative » renvoie à « l'abolition d'un certain nombre d'entraves au bon fonctionnement d'un espace économique intégré »¹³⁵. A cette fin, sont édictées des règles visant à garantir les libertés de circulation et une concurrence non faussée, qui prennent la

¹³⁰ En ce sens, v. J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, op. cit., p. 11. V. également D. M. TRUBEK, "Consumer Law, Common Markets and Federalism: Introduction and General Concept", in T. BOURGOIGNIE and D. TRUBEK, *Consumer Law, Common markets and federalism, Integration through law*, vol. 3, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1986, p. 1, spéc. p. 2 ; K. PIRŠL, "Trends, Developments, and Mutual Influences between United States Corporate Law(s) and European Community Company Law(s)", *Colum. J. Eur. L.*, vol 14, 2008, p. 277, spéc. p. 279.

¹³¹ Par analogie, v. A. RAYNAULD, « Observations sur la notion de marché », *L'Actualité économique, Revue d'analyse économique*, vol. 67, n° 2, 1991, p. 218, spéc. p. 228.

¹³² Extrait d'un échange avec P. MADDALON.

¹³³ En ce sens, v. M. POIARES MADURO, *We the Court : The European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of the Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, 1998, spéc. p. 146 : « il est naïf d'espérer que la liberté des échanges se réalise simplement parce que les États ont un intérêt à coopérer pour ne pas la restreindre ».

¹³⁴ Ces concepts ont été forgés dans les années 1950 par le professeur TINBERGEN et développés, dans le contexte communautaire, par le professeur PINDER (v. J. TINBERGEN, *International Economic Integration*, Elsevier, 1954 ; J. PINDER, "Positive Integration and Negative Integration: Some Problems of Economic Union in the EEC", *World Today*, n° 24, 1968, p. 90).

¹³⁵ F. ORTINO, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: a Comparative Analysis of EC and WTO Law*, Hart, 2004, spéc. p. 17.

forme d'interdictions adressées aux Etats et aux collectivités infra-étatiques¹³⁶.

L'« intégration positive » se rapporte à l'« égalisation des facteurs nécessaires au fonctionnement harmonieux du marché » afin de « créer un espace économique homogène »¹³⁷. Elle consiste donc « à définir en commun et de manière positive des standards admis par tous »¹³⁸ et nécessite l'intervention des « autorités centrales »¹³⁹ – institutions communautaires dans l'Union européenne, institutions fédérales aux Etats-Unis – pour « coordonner, harmoniser, voire unifier les règles et politiques nationales, – souvent divergentes ou contradictoires – qui [...] ont constitué dans chaque pays membre le cadre des échanges [...] »¹⁴⁰.

Les mots employés par le professeur PESCATORE permettent de saisir clairement la différence entre les deux formes d'intégration. Selon lui, le marché commun poursuit « deux visées essentielles, à savoir : la création d'un espace économique libéré de toutes entraves qui empêchent et freinent les communications et les échanges entre les économies nationales et la création d'un espace économique aussi homogène que possible, par l'égalisation des facteurs qui, dans chaque pays participant, influent sur le fonctionnement du marché »¹⁴¹.

31. Aux Etats-Unis, comme dans l'Union européenne, des règles textuelles ou jurisprudentielles matérialisent les deux formes d'intégration. Elles révèlent que les moyens employés pour parvenir à l'intégration des marchés peuvent varier, la méthode choisie dépendant des finalités assignées à l'Union¹⁴².

32. L'intégration positive – qui ne fait pas l'objet de la présente étude – est principalement

¹³⁶ Dans l'UE, le champ d'application *ratione personae* des dispositions relatives aux libertés de circulation a été étendu au législateur communautaire (v. 2^{ème} partie, titre 1, chapitre 2, section 2, §2, *infra*) et, dans une certaine mesure, aux personnes privées (v. par ex. CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff. C-281/98, *Rec.* p. I-4139 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05, *Rec.* p. I-11767 ; CJUE, 12 juillet 2012, *Fra.bo*, aff. C-171/11 (non encore publié au recueil)).

¹³⁷ F. BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 33.

¹³⁸ A. MAITROT de la MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire...*, *op. cit.*, p. 46.

¹³⁹ V. à ce propos J. TINBERGEN, *International Economic Integration*, *op. cit.*, pp. 78-79.

¹⁴⁰ P. H. TEITGEN, *Origines, objectifs et nature des Communautés européennes*, Bureau d'information des Communautés européenne, 1975, *spéc.* p. 45 (cité par F. BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 33).

¹⁴¹ P. PESCATORE, « La notion de marché commun dans les traités instituant l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise, le Benelux et les CE », in *Mélanges V. Gothot (en hommage à)*, Liège 1962 p. 497, *spéc.* p. 502.

¹⁴² V. en ce sens, et pour l'UE, A. MAITROT de la MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire...*, *op. cit.*, p. 269. En ce qui concerne plus spécifiquement les liens entre méthodes de l'intégration négative et finalités de celle-ci, v. la 1^{ère} partie de la thèse, *infra*.

réalisée par la voie de la clause de commerce aux Etats-Unis¹⁴³ et par la voie des articles 53, 59 et 113 à 118 TFUE¹⁴⁴. Les méthodes divergent¹⁴⁵ mais le résultat est relativement similaire : dans un certain nombre de domaines, une norme unique s'applique sur l'ensemble du territoire de l'Union¹⁴⁶.

33. L'intégration négative des marchés emprunte différentes voies aux Etats-Unis et dans l'Union européenne.

Aux Etats-Unis, quelques dispositions comportent des interdictions explicites à l'égard des Etats. Tel est le cas, par exemple, de l'article I, section 10 de la Constitution qui interdit aux Etats de battre monnaie ou de lever des droits de douane¹⁴⁷. D'autres attribuent directement des droits aux citoyens que les Etats doivent respecter. Tel est le cas, par exemple, de l'article IV, section 2, clause 1 qui prévoit que « [l]es citoyens de chaque État auront droit à tous les privilèges et immunités des citoyens dans les divers États » et dont les juridictions ont déduit un droit à l'égalité de traitement¹⁴⁸. D'autres, enfin, attribuent une compétence au Congrès et ont été interprétées *a contrario*, comme comportant une interdiction « de faire » pour les Etats. Tel est le cas de la *commerce clause*, à l'origine de l'interdiction des entraves étatiques

¹⁴³ Le pouvoir du Congrès de réglementer le commerce interétatique sur le fondement de la clause de commerce est dénommé "commerce power" (v. not., à ce propos, R. EPSTEIN, "The proper scope of the commerce power", *Va. L. Rev.*, vol. 73, 1987, p. 1387).

¹⁴⁴ Par ailleurs, deux clauses relativement similaires permettent aux législateurs supra-étatiques d'adopter des mesures alors que les pouvoirs d'action nécessaires n'ont pas été prévus : la *necessary and proper clause* aux Etats-Unis (article I, section 8, clause 18 de la constitution) et l'article 352 TFUE.

¹⁴⁵ La méthode communautaire de rapprochement des législations par le biais de directives n'existe pas aux Etats-Unis. Il est même interdit au Congrès d'obliger les Etats à légiférer (v. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992) : « le Congrès ne peut commander les processus législatifs étatiques en obligeant directement [les législatures] à adopter et mettre en œuvre des programmes fédéraux mais il doit exercer son autorité législative directement sur les individus »). Un rapprochement volontaire des législations étatiques dans certains domaines a, en revanche, pu s'observer (v. par ex. les *restatements* – codification de la *common law* dans des domaines comme le droit des contrats – de l'*American Law Institute* ou l'*Uniform Commercial Code* de la *National Conference of Uniform State Laws*, dont les dispositions peuvent être librement adoptées par les Etats et qui a permis d'harmoniser substantiellement le droit commercial aux Etats-Unis. Pour de plus amples développements concernant ces méthodes de rapprochement des législations, v. F. MAUPAIN, *L'intégration économique et l'intégration juridique...*, op. cit., pp. 114 et s. ; J. GORDLEY, "European Codes and American restatements : some difficulties", Symposium on the Restatement (Second) of Contracts, *Colum. L. Rev.*, vol. 81, 1981, p. 140 ; R. HYLAND, "The American Experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination", in M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. du PERRON (eds), *Towards a European Civil Code*, 2nd ed., Nimègue, Ars Aequi Libri, 1998, p. 59).

¹⁴⁶ Pour une comparaison de l'intégration positive aux Etats-Unis et dans l'UE, v. not. G. HOWELLS, "Federalism in EC and USA – The Scope for Harmonised Legislative Activity Compared", *Eur. Rev. Priv. L.*, vol. 6, 2002, p. 601.

¹⁴⁷ A ce propos, v. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 1, *infra*.

¹⁴⁸ A ce propos, v. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, §3, *infra*.

au commerce à l'intérieur de l'Union.

Dans l'Union européenne, l'intégration négative des marchés procède d'une plus grande homogénéité textuelle : en particulier, le traité interdit – certes, en des termes variés – les restrictions à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux¹⁴⁹. Ces règles, ayant pour destinataires directs les Etats, comportent également l'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement.

34. Dès lors, comparer les règles gouvernant l'intégration négative des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union européenne implique de confronter les dispositions, telles qu'interprétées par les juridictions, ayant pour objet direct ou indirect les libertés de circulation.

35. Toutefois, tous les aspects des libertés de circulation ne seront pas envisagés au cours de l'étude, soit qu'ils présentent des spécificités suffisamment marquées qui mériteraient une analyse distincte, soit qu'ils présentent peu d'intérêt dans le cadre de la comparaison.

Au titre de la première catégorie, sont ainsi exclues du champ de l'étude les règles relatives aux marchés publics, aux services d'intérêt économique général ou encore à la politique agricole commune.

Au titre de la seconde catégorie, est principalement exclue l'étude de la libre circulation des capitaux. Certes, la libre circulation des capitaux est considérée comme un pilier majeur du marché intérieur de l'Union européenne¹⁵⁰ et fait l'objet d'une jurisprudence abondante¹⁵¹. Toutefois, aux Etats-Unis, la question de la libre circulation des capitaux ne se pose pas en tant que telle. Le dollar est la monnaie officielle depuis 1792, et si des restrictions aux

¹⁴⁹ Pour de plus amples développements, v. not. l'introduction de la 1^{ère} partie.

¹⁵⁰ V. not. pts 125-127 du Livre blanc sur la réalisation du marché intérieur, préc.

¹⁵¹ Parmi les arrêts de principe, peuvent être cités : CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff. 286/82 et 26/83, *Rec.* p. 377 ; CJCE, 23 février 1995, *Bordessa*, aff. jtes C-358 et 416/93, *Rec.* p. I-361 ; CJCE, 14 novembre 1995, *Svensson et Gustavsson*, aff. C-484/93, *Rec.* p. I-3955 ; CJCE, 16 mars 1999, *Trummer et Mayer*, aff. C-222/97, *Rec.* p. I-1661 ; CJCE, 1^{er} juin 1999, *Konle*, aff. C-302/97, *Rec.* p. I-3099 ; CJCE, 14 mars 2000, *Eglise de scientologie*, aff. C-54/99, *Rec.* p. I-1335 ; CJCE, 6 juin 2000, *Verkooijen*, aff. C-35/98, *Rec.* p. I-4071 ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ Portugal*, aff. C-367/98, *Rec.* p. I-4731 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Weidert et Paulus*, aff. C-242/03, *Rec.* p. I-7379 ; CJCE, 7 septembre 2004, *Manninen*, aff. C-319/02, *Rec.* p. I-7477 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Lenz*, aff. C-315/02, *Rec.* p. I-7063 ; CJCE, 5 juillet 2005, *D.*, aff. C-376/03, *Rec.* p. I-5821 ; CJCE, 20 mai 2008, *Orange European Smallcap Fund*, aff. C-194/06, *Rec.* p. I-3747 ; CJCE, 27 janvier 2009, *Persche*, aff. C-318/07, *Rec.* p. I-359 ; CJUE, 10 novembre 2011, *Commission c/ Portugal*, aff. C-212/09 (non encore publié au recueil). Pour des développements sur la libre circulation des capitaux, v. K. MORTELMANS, "The Functioning of the Internal Market: The Freedoms", in P.J.G. KAPTEYN and P. VERLOREN VAN THEMAAT, *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer Law International BV, 4th ed., 2008, *spéc.* pp. 766-779 ; F. PICOD, « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 890, 2009.

investissements interétatiques ont pu, de temps à autres, résulter de législations étatiques¹⁵², les capitaux circulent librement¹⁵³.

36. Par ailleurs, certaines libertés de circulation dépassent le cadre de la réalisation d'un marché intérieur. Tel est le cas de la libre circulation des personnes. Dans l'Union européenne, et encore plus aux Etats-Unis, le droit à la libre circulation n'est pas attaché aux seuls agents économiques mais constitue un attribut du citoyen¹⁵⁴. L'étude portera, essentiellement, sur les aspects économiques de cette liberté¹⁵⁵.

37. Enfin, il est communément considéré que les règles relatives aux libertés de circulation doivent être complétées par des règles relatives à la concurrence pour réaliser pleinement le marché intérieur. Comme l'a exprimé la doctrine, et notamment les professeurs GOLDMAN et LYON-CAEN, « [l]a création et le fonctionnement du marché commun supposent [...] qu'une concurrence égalitaire et effective existe entre les personnes et entreprises qui viennent y offrir ou y demander des biens ou des services, de manière que ne subsistent ou n'apparaissent pas entre elles des inégalités de chance étrangères à leurs qualités et aptitudes intrinsèques [...] elle a pour fonction propre d'empêcher que ne se reconstituent les cloisonnements nationaux que l'on aura tenté de faire disparaître par la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux »¹⁵⁶.

Le droit de l'Union européenne comme le droit américain contiennent des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles des entreprises¹⁵⁷. Ces dispositions ont fait l'objet

¹⁵² V., par ex. *Lewis v. BT Inv. Managers, Inc.*, 447 U.S. 27 (1980).

¹⁵³ V. à ce propos, R. BUXBAUM, K. HOPT, *Legal harmonization and the business enterprise : corporate and capital market law, harmonization policy in Europe and the U.S.A.*, De Gruyter, 1988.

¹⁵⁴ V. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, §3 et 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 2, section 2, *infra*.

¹⁵⁵ Ne seront donc pas envisagées les questions relatives aux contrôles aux frontières, à la sécurité sociale ou à la circulation des ressortissants d'Etats tiers, par exemple.

¹⁵⁶ B. GOLDMAN et A. LYON-CAEN, *Droit commercial européen*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1983, *spéc.* p. 16. Dans le même sens, v. F. MAUPAIN, *L'intégration économique et l'intégration juridique...*, *op. cit.*, pp. 26 et s. ; W. VAN GERVEN, "Constitutional aspects of the european court's case-law...", *op. cit.*, p. 1631 ; A. BAVASSO and D. O'KEEFE, "Four freedoms, one market and national competence : in search of a dividing line", *Judicial Review in European Law, Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, vol. 1, 2000, p. 541, *spéc.* p. 543 ; L. IDOT, « Entrave et restriction de concurrence », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 169, *spéc.* p. 169.

¹⁵⁷ Dans l'UE, v. not. les articles 101 et 102 TFUE ; aux Etats-Unis, v. not. le *Sherman Act* du 2 juillet 1890 (15 U.S.C. §§ 1-7) et le *Clayton Act* du 15 octobre 1914 (15 U.S.C. §§ 12-27).

de nombreuses études comparatives¹⁵⁸ et, dans la mesure où elles ont pour principaux destinataires les entreprises et non les Etats¹⁵⁹, elles ne seront pas examinées dans le cadre de cette thèse. En effet, c'est le jeu entre l'Etat et l'Union qui délimite essentiellement le travail.

Parmi les règles communautaires de concurrence, figurent, néanmoins, des dispositions ayant pour destinataires les Etats : l'article 107 TFUE interdit aux Etats de verser à des entreprises des aides qui auraient pour effet de fausser la concurrence et d'affecter les échanges interétatiques. En effet, de telles aides peuvent être « *aussi néfaste[s] pour le profit des échanges que si l'on se trouvait en présence de barrières officielles* »¹⁶⁰. Les règles en matière d'aides d'Etat constituent donc un instrument de réalisation du marché intérieur et contribuent à garantir les libertés de circulation. Toutefois, le droit américain n'interdit pas les aides d'Etat¹⁶¹. Les règles applicables en ce domaine ne seront donc envisagées qu'accessoirement, dans la mesure où elles sont liées à des questions de libre circulation.

38. Seront donc examinées les règles relatives à la libre circulation des marchandises, des personnes et des services, dans leur dimension économique. Plus particulièrement, l'examen portera sur les jurisprudences des Cours suprêmes de chaque Union relatives à ces règles puisque, en les interprétant et en les appliquant à des cas concrets, elles ont directement délimité le champ de l'intégration négative des marchés.

39. L'étude de ces jurisprudences révèle un canevas d'analyse relativement similaire : lorsqu'elles sont saisies d'une réglementation étatique, les juridictions opèrent en deux temps. Elles examinent, tout d'abord, si la mesure litigieuse relève des interdictions explicites ou

¹⁵⁸ V. not. B. HAWK, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ? », *RTDE*, n° 1, 1989, p. 5 ; D. FASQUELLE, *Droit américain et communautaire des ententes : étude de la règle de raison*, GLN Joly éd., 1992 ; F. LEVEQUE et H. SHELANSKI, *Merger Remedies in American and European Union Law*, E. Elgar, 2003 ; V. VIALARD, *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations – Etude comparée des droits communautaire et américain*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2007 ; M. GLADER, *Innovation markets and competition analysis : EU competition law and US antitrust law*, E. Elgar, 2006 ; G. DEMME, *Le droit des restrictions verticales : Analyse comparative*, thèse, Paris II, 2008 ; E. COMBE, *La politique de la concurrence*, La Découverte, 2008.

¹⁵⁹ Aux Etats-Unis, le *sherman act* et le *clayton act* ne peuvent être opposés aux Etats (« *state action immunity* ». V. not. *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943)). Dans l'UE, les Etats qui imposent ou encouragent une pratique anticoncurrentielle peuvent être condamnés pour violation du principe de coopération loyale (v. not. CJCE, 17 juin 1997, *Sodemare e.a. c/ Regione Lombardia*, aff. C-70/95, *Rec.* p. I-3395, pt 42).

¹⁶⁰ T. PADOA-SCHIOPPA and M. EMERSON, *Efficacité, stabilité, équité...*, *op. cit.*, p. 79. V. également, CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e. a.*, aff. jtes C-78 à 80/08 (non encore publié au recueil), pt 80 : « [...] lorsqu'un Etat membre octroie une aide à une entreprise, l'activité intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres Etats membres de pénétrer le marché de cet Etat membre en sont diminuées ».

¹⁶¹ V. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, §2, A, 3 et 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, §2, *infra*.

implicites formulées dans les textes. Cette opération implique de qualifier la mesure : à l'aide de plusieurs critères, les juridictions déterminent si la mesure constitue une « entrave ». Si tel est le cas, la mesure n'est pas nécessairement déclarée contraire à la Constitution ou au traité. En effet, l'établissement du marché intérieur – qui ne supprime pas les marchés étatiques¹⁶² – doit se concilier avec le respect des compétences étatiques. Des exceptions au principe d'interdiction des entraves sont donc admises aux Etats-Unis comme dans l'Union européenne. Les juridictions ont, également à ce stade, déployé des instruments communs de contrôle.

40. Suivre cet ordre d'analyse « interdiction – exception » est certes classique mais permet de prendre toute la mesure des convergences et divergences jurisprudentielles. A partir d'une méthode similaire, les juges sont parfois parvenus à des résultats comparables. En pratique, cependant, c'est la perception d'une certaine divergence qui l'emporte. La juridiction communautaire a, en effet, adopté une conception plus large de la notion d'entrave que la juridiction américaine (**1^{ère} partie**). De même, a-t-elle mis en œuvre un cadre de conciliation plus sévère à l'égard des Etats que ne l'a fait la Cour Suprême (**2^{ème} partie**).

Cette divergence est la conséquence d'une pluralité de facteurs¹⁶³ mais l'un d'entre eux ressort à tous les stades de l'étude et révèle des logiques différentes. Aux Etats-Unis, la logique est fédérale : la réalisation du marché intérieur est le fruit de la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés et, dans son analyse, le juge veille avant tout à préserver les sphères de compétence respectives des Etats fédérés et de l'Etat fédéral¹⁶⁴. Dans l'Union européenne, la logique est fonctionnelle : le juge est essentiellement guidé par l'objectif de réalisation du marché intérieur et l'ensemble des instruments d'analyse est adapté à cette finalité. Certes, les deux logiques peuvent se rencontrer : la volonté d'établir un marché intérieur n'est pas absente de la jurisprudence américaine ; l'idée d'une répartition des compétences entre les Etats et l'Union est présente dans la jurisprudence communautaire. Il en résulte que les jurisprudences se rencontrent souvent. Les parts respectives des deux logiques

¹⁶² V. *supra*. Toutefois, v. CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, aff. C-351/08, *Rec.* p. I-10777, pt 27 : le « *marché intérieur de la Communauté [...] vise à lever tous les obstacles pour créer un espace de liberté de circulation totale analogue à celui offert par un marché national* ». L'objectif semble donc de poursuivre l'intégration jusqu'à ce que le marché intérieur se confonde avec un marché étatique.

¹⁶³ V. not. la conclusion de la thèse.

¹⁶⁴ « *La question de la répartition des compétences [...] est le « noyau politique de l'idée fédéraliste »* » (O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté... », *préc.*, pp. 107. Le professeur BEAUD cite ici H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 254).

sont toutefois suffisamment différentes pour qu'il en résulte des singularités significatives.

Ainsi, l'intégration négative des marchés ne saurait, aux Etats-Unis, avoir pour effet de supprimer ou réduire les disparités législatives, de telles disparités, en ce qu'elles sont la conséquence nécessaire de l'exercice de leur compétence par les Etats, étant inhérentes au fédéralisme. Dans l'Union européenne, le primat de l'intégration et le caractère instrumental de la répartition des compétences impliquent que l'intégration négative peut être un instrument de rapprochement des législations, conçu comme nécessaire à la libre circulation¹⁶⁵.

De même, certaines interventions des Etats sont, aux Etats-Unis, isolées de tout contrôle, au motif qu'elles ressortent de leurs pouvoirs souverains¹⁶⁶. Dans l'Union européenne, toute intervention étatique, quels que soient sa forme et le domaine qu'elle touche, est soumise au contrôle de la Cour de justice, dès lors que cette intervention est susceptible d'avoir un effet sur les libertés de circulation.

La circonstance que le contrôle juridictionnel américain repose sur une logique « fédérale », tandis que le contrôle européen repose sur une logique davantage « fonctionnelle », explique également une approche différente des législations supra-étatiques. Le Congrès est souverain dans sa sphère de compétence et aucun objectif de réalisation d'un marché intérieur ne lui est assigné. Au contraire, l'action du législateur communautaire est, sous le contrôle du juge, subordonnée à l'établissement du marché unique¹⁶⁷.

41. Il ne s'agit pas d'une opposition frontale entre les deux systèmes. La sphère de compétence respective de la fédération et des Etats fédérés n'est pas figée et est susceptible de varier en fonction, notamment, d'objectifs d'intégration économique. De même, l'Union européenne emprunte de nombreux traits du système fédéral. Il s'agit donc davantage de

¹⁶⁵ V. 1^{ère} partie, titre 2, *infra*.

¹⁶⁶ V. en particulier 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, §2, *infra*.

¹⁶⁷ V. à ce propos, 2^{ème} partie, titre 1, chapitre 2, *infra*. Si le champ de l'étude s'étendait à l'intégration positive, nous observerions une tendance analogue. La compétence du Congrès est avant tout matérielle puisque la clause de commerce lui donne le pouvoir de réglementer le commerce entre les Etats (en pratique, la Cour Suprême a, à partir de 1935, interprété très largement cette disposition, de sorte que le Congrès a étendu sa compétence à d'autres domaines que le domaine commercial. V. à ce propos, J. E. NOWAK and R. D. ROTUNDA, *Constitutional law*, 2nd ed., Hornbook series, Thompson West, 2004, *spéc.* pp. 157 et s. ; D. COENEN, *The Commerce Clause*, *op. cit.*, pp. 63 et s. ; K. M. SULLIVAN and G. GUNTHER, *Constitutional Law*, University Casebook Series, Foundation Press, 14th édition, 2001, *spéc.* pp. 119 et s.). La compétence de l'Union européenne, définie aux articles 114 et 115 TFUE, est, pour sa part, davantage fonctionnelle : elle s'étend à toute matière, dès lors que l'action contribue à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur (v. en ce sens, le pt 10 des conclusions de l'avocat général TESAURO sous l'arrêt CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil* (« Dioxyde de titane »), aff. C-300/89, *Rec.* p. I-2867).

nuances que d'antagonismes¹⁶⁸. Néanmoins, ces nuances ont un impact sensible sur la manière dont les juridictions appréhendent le contrôle des législations étatiques.

PLAN DE L'ETUDE

- Première partie** – **La notion d'entrave dans les jurisprudences américaine et communautaire**
- Deuxième partie** – **L'arbitrage du conflit entre l'interdiction des entraves et les intérêts légitimes des Etats**

¹⁶⁸ Notre propos n'est pas de démontrer la nature non fédérale de l'Union européenne. Dans sa globalité, il est certain que l'Union européenne présente les principales caractéristiques d'une fédération (v. à ce propos, J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, op. cit.). Il s'agit seulement de relever que, dans le cadre strict du marché intérieur, la Cour de justice et la Cour Suprême raisonnent de manière sensiblement différente, la seconde s'inscrivant dans un cadre typiquement fédéral de répartition des compétences.

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION D'ENTRAVE DANS LES

JURISPRUDENCES AMERICAINE ET

COMMUNAUTAIRE

42. Si l'article 26 TFUE fait référence à la notion de « libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux », le traité se caractérise par une grande diversité terminologique pour désigner les différentes atteintes aux libertés de circulation. Sont ainsi interdits les droits de douanes et les taxes d'effet équivalant à des droits de douane¹⁶⁹, les restrictions quantitatives aux importations et exportations ainsi que les mesures d'effet équivalent¹⁷⁰, les discriminations, fondées sur la nationalité, entre les citoyens¹⁷¹ et entre les travailleurs¹⁷², les restrictions à la liberté d'établissement¹⁷³, à la libre prestation des services¹⁷⁴ et aux mouvements de capitaux¹⁷⁵. En outre, le traité garantit, à tous les citoyens de l'Union, le droit de circuler sur le territoire des Etats membres¹⁷⁶.

Le traité ne définit pas ces différentes notions et il est revenu au législateur communautaire¹⁷⁷ et à la Cour de justice de l'Union européenne¹⁷⁸ d'en préciser la portée et de fournir des critères d'appréciation opérationnels des réglementations nationales. Les juges de Luxembourg ont, eux-mêmes, recouru à différents concepts pour caractériser les violations des dispositions du traité relatives aux libertés de circulation. Parmi ces concepts figure celui de restriction, directement issu du traité, et plus particulièrement employé dans les domaines de la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation de services. Se trouve également

¹⁶⁹ Articles 28 et 30 TFUE.

¹⁷⁰ Articles 34 et 35 TFUE.

¹⁷¹ Article 18 TFUE.

¹⁷² Article 45 TFUE.

¹⁷³ Article 49 TFUE.

¹⁷⁴ Article 56 TFUE. La liberté d'établissement et la libre prestation de services ont trait aux activités économiques non salariées. La libre prestation de services se distingue de la liberté d'établissement par le caractère temporaire de l'exercice de l'activité sur le territoire national (CJCE, 5 octobre 1988, *Steymann*, aff. 196/87, *Rec.* p. 6159 ; CJUE, 10 mai 2012, *Duomo Gpa Srl*, aff. jtes C-357 à 359/10 (non encore publié au recueil), pt 28). En revanche, la durée ou la fréquence de l'activité n'est pas un critère pertinent (v. par ex. CJCE, 11 décembre 2003, *Schnitzer*, aff. C-215/01, *Rec.* p. I-14847 ; CJUE, 26 octobre 2010, *Schmelz*, aff. C-97/09, *Rec.* p. I-10465). A propos de cette distinction, v. not. J.-H. HUGLO, « Droit d'établissement et libre prestation de services », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 710, 2011.

¹⁷⁵ Article 63 TFUE.

¹⁷⁶ Article 21 TFUE. Cette garantie se trouve hors du champ du marché intérieur. V. à ce propos, titre 1, chapitre 1, section 2, §3, *infra*.

¹⁷⁷ V. par ex. la directive 70/50/CEE de la Commission du 22 décembre 1969, fondée sur les dispositions de l'article 33 paragraphe 7, portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE (JO L 13, p. 29) ; la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, préc.

¹⁷⁸ V. not. L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes... », préc., p. 31.

là le concept d'entrave, d'essence purement jurisprudentielle, d'abord utilisé pour identifier les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation¹⁷⁹ puis exporter dans les autres domaines du marché intérieur¹⁸⁰. La Cour de justice a également pu recourir aux termes « gêne »¹⁸¹ ou « obstacle »¹⁸². L'occurrence, particulièrement importante, du terme « entrave », tant dans la jurisprudence que dans les travaux doctrinaux¹⁸³, nous conduit à privilégier l'emploi de ce terme pour désigner les mesures portant, selon la Cour, atteinte aux libertés de circulation. Nous utiliserons également les termes « restriction » ou « obstacle » à titre de synonymes.

43. Aux Etats-Unis, la Constitution interdit, explicitement, les droits de douane¹⁸⁴ et garantit l'égalité entre les citoyens de chaque Etat¹⁸⁵. Elle ne comporte, en revanche, aucune disposition interdisant les « entraves » à la libre circulation des marchandises, des personnes et des services. La Cour Suprême a, cependant, interprété plusieurs dispositions constitutionnelles comme limitant la faculté des Etats à gêner les libertés de circulation¹⁸⁶. En particulier, elle a procédé à une interprétation *a contrario* de la clause de commerce, aux termes de laquelle le Congrès est compétent pour réglementer le commerce entre les divers

¹⁷⁹ CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* p. 837, pt 5.

¹⁸⁰ V. par ex. en matière de libre circulation des personnes et des travailleurs, CJCE, 9 novembre 2006, *Turpeinen*, aff. C-520/04, *Rec.* p. I-10685 ; CJUE, 10 mars 2011, *Casteels*, aff. C-379/09, *Rec.* p. I-1379 ; en matière de libre prestation de services : CJCE, 9 juillet 1997, *De Agostini and TV-shop*, aff. jtes C-34 à 36/95, *Rec.* p. I-3843 ; CJUE, 29 septembre 2011, *Commission c/ Autriche*, aff. C-387/10 (non encore publié au recueil) ; en matière de liberté d'établissement : CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, *Rec.* p. I-2357, pt 15 ; CJUE, 16 décembre 2010, *Commission c/ France*, aff. C-89/09, *Rec.* p. I-12941, pt 45.

¹⁸¹ V. par ex. en matière de libre circulation des marchandises : CJCE, 16 mars 1983, *SIOT c/ Ministero delle finanze*, aff. 266/81, *Rec.* p. 731, pt 16 ; CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267 et 268/91, *Rec.* p. I-6097, pt 17 ; en matière de libre circulation des travailleurs et des services et de la liberté d'établissement, CJCE, 28 novembre 1978, *Choquet*, aff. 16/78, *Rec.* p. 2293, pt 8 ; CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis c/ Stadt Altensteig e.a.*, aff. C-168/91, *Rec.* p. I-1191.

¹⁸² V. par ex. en matière de libre circulation des marchandises : CJCE, 15 décembre 1982, *Oosthoek*, aff. 286/81, *Rec.* p. 4575 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Douwe Egberts*, aff. C-239/02, *Rec.* p. I-7007, pt 52 ; en matière de libre circulation des personnes : CJCE, 29 février 1996, *Skanavi et Chrysanthakopoulos*, aff. C-193/94, *Rec.* p. I-929, pt 26 ; CJUE, 14 octobre 2010, *Van Delft*, aff. C-354/09, *Rec.* p. I-9879, pt 97 ; en matière d'établissement et de services : CJCE, 29 octobre 1998, *Commission c/ Espagne*, aff. C-114/97, *Rec.* p. I-6717, pt 44 ; CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c/ Italie* (« recouvrement extrajudiciaire de créances »), aff. C-134/05, *Rec.* p. I-6251.

¹⁸³ V. par ex. les actes du colloque *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011 (362 p.).

¹⁸⁴ V. l'article I, section 10, clause 2 de la Constitution.

¹⁸⁵ V. l'article IV, clause 2 et le 14^{ème} amendement de la Constitution. Pour de plus amples développements à ce sujet, v. not. titre 1, chapitre 1, section 2, § 3 de la présente partie, *infra*.

¹⁸⁶ V. en ce sens, D. NELSON, "The Police Powers: A Pretext for Protectionism?", *Syracuse J. Int'l L. & Com.* vol. 32, 2004, p. 163, spéc. p. 175: "The underlying principle [...] is a desire for free mobility of goods and services".

Etats¹⁸⁷. Il a, ainsi, été admis, dès le début du 19^{ème} siècle, que cette attribution de compétence au niveau fédéral limitait la compétence des Etats en matière de commerce interétatique¹⁸⁸. Cette interprétation de la clause est désignée par l'expression « *dormant commerce clause* »¹⁸⁹ ou « *negative commerce clause* »¹⁹⁰. Le texte constitutionnel n'est toutefois d'aucun secours pour déterminer « *ce que les Etats peuvent ou ne peuvent pas faire en l'absence d'action du Congrès* »¹⁹¹ et les critères d'appréciation de la constitutionnalité des mesures étatiques ont évolué à plusieurs reprises¹⁹². La Cour Suprême, à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne, a employé différents termes pour désigner les atteintes à la *negative commerce clause*. Ainsi, a-t-elle évoqué les « *restrictions* » aux relations commerciales¹⁹³ ; les « *barrières à la libre circulation [des marchandises]* »¹⁹⁴ ; « *les charges substantielles [pesant] sur le libre mouvement du commerce interétatique* »¹⁹⁵ ou encore les « *entraves au commerce interétatique* »¹⁹⁶.

Si la clause a été principalement invoquée dans des litiges relatifs au commerce des marchandises¹⁹⁷, elle a également été appliquée en matière de prestations de services et d'établissement¹⁹⁸. De manière plus anecdotique, la Cour Suprême a examiné des mesures

¹⁸⁷ Article I, section 8, clause 3 de la Constitution.

¹⁸⁸ V. *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, préc.

¹⁸⁹ v. not. *Oklahoma Tax Comm'n v. Jefferson Lines, Inc.*, 514 U.S. 175, 179 (1995) ; *General Motors Corp. v. Tracy*, 519 U.S. 278, 279 (1997).

¹⁹⁰ V. not. *New Energy Co. of Indiana v. Limbach*, 486 U.S. 269, 273 (1988) ; *South Central Bell Telephone Co. v. Alabama*, 526 U.S. 160, 161 (1999).

¹⁹¹ *H.P. Hood and Sons*, 336 U.S., préc., p. 535.

¹⁹² V. not. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., pp. 1021 et s. ; K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, op. cit., pp. 122 et s. Pour de plus amples développements, v. titre 2, chapitre 2, section 2 de la présente partie, *infra*.

¹⁹³ *Pennsylvania v. West Virginia*, 262 U.S. 553, 596 (1923): “*The purpose in this is to protect commercial intercourse from invidious restraints*”.

¹⁹⁴ *Chemical Waste Management, Inc. v. Hunt*, 504 U.S. 334, 339-340 (1992) : “[n]o State may attempt to isolate itself from a problem common to the several States by raising barriers to the free flow of interstate trade”.

¹⁹⁵ *Hughes v. Alexandria Scrap Corporation*, 426 U.S. 794, 804 (1976): “*substantial burdens upon the free flow of interstate commerce*.”

¹⁹⁶ V. par ex. *Vance v. W. A. Vandercook Co.*, 170 U.S. 438 (1898) : “*such legislation is void as a hindrance to interstate commerce*”.

¹⁹⁷ Parmi les arrêts les plus connus, v. par ex. *Welton v. Missouri*, 91 U.S. (1 Otto) 275 (1875) ; *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341, préc. ; *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. 137 (1970) ; *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617 (1978) ; *Granholm v. Heald*, 544 U.S. 460 (2005).

¹⁹⁸ V. par ex. *Eli Lilly & Co. v. Sav-On-Drugs, Inc.*, 366 U.S. 276 (1961) ; *Allenberg Cotton Co., Inc. v. Pittman*, 419 U.S. 20 (1974) ; *Exxon Corp. v. Governor of Maryland*, 437 U.S. 117 (1978) ; *BT Inv. Managers, Inc.*, 447 U.S. 27, préc. ; *Camps Newfound*, 520 U.S. 564, préc.

affectant la circulation des personnes à l'aune de la *dormant commerce clause*¹⁹⁹. Aussi a-t-on pu dire de la clause de commerce qu'elle « *constitue en quelque sorte la « clause de marché intérieur » des Etats-Unis* »²⁰⁰.

Les restrictions à la libre circulation des personnes ont, cependant, davantage été examinées au regard de la *Privileges and Immunities clause* de l'article IV, clause 2 de la Constitution qui prévoit que « [I]es citoyens de chaque État auront droit à tous les privilèges et immunités des citoyens dans les divers États ». De manière incidente, le 14^{ème} amendement de la Constitution américaine a contribué à la suppression des entraves aux activités économiques interétatiques par l'interdiction de toute discrimination (« *Privileges and Immunities clause* »²⁰¹ et « *Equal Protection clause* »²⁰²) et des atteintes à la liberté économique (« *economic due process clause* »²⁰³). Enfin, un droit à la libre circulation (« *right to travel* ») sur l'ensemble du territoire de l'Union a été reconnu, de manière prétorienne, aux citoyens²⁰⁴.

Ainsi, « à travers la combinaison [de ces dispositions], l'unité économique et l'interdiction des discriminations entre les citoyens sont devenus les dimensions élémentaires de l'Union fédérale »²⁰⁵.

44. Les juridictions américaine et communautaire interdisent donc, chacune à leur manière, les entraves aux libertés de circulation.

Ce constat opéré, il importe de relever que la notion d'entrave n'est pas nécessairement la même dans la jurisprudence communautaire et dans la jurisprudence américaine et est

¹⁹⁹ V. par ex. *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941) ; *White v. Massachusetts Council of Construction Employers, Inc.* («MCCE»), 460 U.S. 204, 103 S. Ct. 1042 (1983).

²⁰⁰ T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, PUAM, 2009, spéc. p. 354.

²⁰¹ Cette clause est parfois dénommée « *Privileges or Immunities clause* » afin de la distinguer de la *Privileges and Immunities clause* de l'article IV, clause 2 de la Constitution. La *Privileges and Immunities clause* de l'article IV, section 2 vise les droits et privilèges associés à la citoyenneté d'un Etat et implique qu'un Etat doit accorder aux citoyens des autres Etats de l'Union les mêmes droits et avantages qu'à ses propres citoyens. La *Privileges and Immunities clause* du 14^{ème} amendement vise les droits et privilèges associés à la citoyenneté américaine. Elle protège tout citoyen des réglementations discriminatoires de toute nature que pourrait leur opposer un Etat (pour une discussion approfondie du champ d'application des deux clauses : v. *Baldwin v. Montana Fish & Game Commission*, 436 U.S. 371 (1978)).

²⁰² A ce propos, v. en particulier, le titre 1, chapitre 1, §3 de la présente partie et le titre 2, chapitre 2, section 1, §1, C, 1 de la 2^{nde} partie, *infra*.

²⁰³ A ce propos, v. en particulier, le chapitre 3, section 1, §2 de la présente partie et le titre 2, chapitre 2, section 1, §1, C, 2 de la 2^{nde} partie, *infra*.

²⁰⁴ V. not. *Crandall v. Nevada*, 73 U.S. (6 Wall.) 35 (1868) ; *United States v. Guest*, 383 U.S. 745 (1966) ; *California v. Torres*, 435 U.S. 1 (1978).

²⁰⁵ F. J.CONTE, «Sink or Swim Together...», préc., p. 354.

susceptible de varier selon la liberté de circulation en jeu et la matière réglementée. En outre, l'analyse historique révèle d'importantes évolutions dans l'appréhension des réglementations étatiques.

La variété des critères employés pour qualifier d'entraves les mesures étatiques s'explique par la variété des finalités susceptibles d'être poursuivies dans le cadre de l'intégration négative. Comme l'a, notamment, relevé le professeur ORTINO, « *Il y a plusieurs moyens de combattre les barrières au commerce [...]. Ils dépendent essentiellement des objectifs poursuivis qui à leur tour sont fonction de la volonté politique de libéralisation* »²⁰⁶.

Aux Etats-Unis, la Cour Suprême a énoncé, selon des formules diverses, les objectifs poursuivis par la *dormant commerce clause*. Ainsi a-t-elle indiqué, à plusieurs reprises, que « *l'objectif de la clause de commerce était de créer un espace de libre échange entre les Etats* »²⁰⁷, mettant en exergue la finalité économique de la clause. Elle a également insisté sur la dimension politique de la disposition, en déclarant que « *[l]e but [de la clause de commerce] est de protéger les relations commerciales des restrictions, de prévenir les interférences résultant de lois étatiques conflictuelles ou hostiles et d'assurer l'uniformité de la réglementation. Cela signifie que, en matière de commerce interétatique, nous sommes une Nation – un et même peuple* »²⁰⁸.

La doctrine a longuement débattu des finalités de la clause de commerce, les intentions des pères fondateurs étant discutées²⁰⁹. En pratique, il apparaît, de manière prédominante, dans la jurisprudence, que la clause de commerce vise essentiellement à lutter contre le protectionnisme économique. Il en résulte une interdiction des instruments traditionnels du protectionnisme économique, tels que les droits de douane, et, au-delà, un critère central d'analyse des réglementations étatiques : le critère de la discrimination²¹⁰.

²⁰⁶ F. ORTINO, *Basic Legal Instruments...*, *op. cit.*, p. 16.

²⁰⁷ V. par ex. *Dilworth Co.*, 322 U.S., préc., p. 330 ; *Boston Stock Exchange v. State Tax Commission*, 429 U.S. 318, 328 (1977) ; *Armco, Inc. v. Hardesty*, 467 U.S. 638, 642 (1984) ; *Associated Industries of Mo.*, 511 U.S., préc., p. 650.

²⁰⁸ *Pennsylvania v. West Virginia*, 262 U.S., préc., p. 596 : « *The purpose [...] is to protect commercial intercourse from invidious restraints, to prevent interference through conflicting or hostile state laws, and to insure uniformity in regulation. It means that, in the matter of interstate commerce, we are a single nation -- one and the same people* ».

²⁰⁹ V. not. L. H. TRIBE, *American Constitutionnal Law*, *op. cit.*, p. 1057 ; D. H. REGAN, « The Supreme Court and State Protectionism... », préc., p. 1091 ; R. B. COLLINS, « Economic Union as a Constitutional Value », préc., p. 64 ; B. P. DENNING, « Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine », *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 50, 2008, p. 417, *spéc.* pp. 478 et s. Pour de plus amples développements à ce sujet, v. l'introduction de la thèse.

²¹⁰ V. not. *C&A Carbone, Inc. v. Town of Clarkstown, N.Y.*, 511 U.S. 383, 390 (1994).

45. Si la Cour Suprême est partie des objectifs poursuivis par la Constitution pour en tirer des critères d'analyse des réglementations étatiques, telle n'a pas vraiment été la démarche de la Cour de justice de l'Union européenne. Certes, le texte du traité permet d'identifier la finalité des dispositions relatives aux libertés de circulation : « *la création d'un marché unifié* »²¹¹, qui lui-même a pour vocation « *de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit* »²¹². Toutefois, de tels objectifs ne renseignent pas sur le degré d'intégration recherché et, en conséquence, sur les critères de qualification de l'entrave. En outre, la Cour de justice ne s'est pas référée à ces finalités pour élaborer les tests appliqués aux législations nationales.

En conséquence, si la doctrine s'accorde pour considérer que les finalités de l'intégration négative déterminent en grande partie les critères d'analyse employés²¹³, c'est par une démarche inductive que l'on parvient à identifier ces finalités. Autrement dit, si les finalités poursuivies permettent de définir les critères d'analyse, ce n'est, paradoxalement, qu'en partant, de manière empirique, des différents tests appliqués par la Cour de justice que l'on peut disserter sur les objectifs recherchés...

46. Dans ce cadre, la lutte contre le protectionnisme économique apparaît, comme aux Etats-Unis, constituer un objectif majeur. Outre que le traité interdit les formes classiques de protectionnisme économique – droits de douane et taxes d'effet équivalent, restrictions quantitatives aux importations et exportations et mesures d'effet équivalent, par exemple –, la Cour condamne toute mesure discriminatoire à l'égard des marchandises importées et des ressortissants communautaires²¹⁴. Aussi, le principe d'égalité de traitement constitue le dénominateur commun de l'intégration négative dans les deux Unions.

²¹¹ E. WHITE, "In search of the limits to Article 30 of the EEC Treaty", *CML Rev.*, vol. 26, 1989, p. 235, *spéc.* p. 245.

²¹² Article 2 du traité CEE. Cet article a été modifié à plusieurs reprises. Les objectifs de l'Union européenne sont désormais énumérés à l'article 3 TUE.

²¹³ V. par ex. W. WILS, "The Search for the Rule in Article 30 EEC: much ado about nothing?", *EL Rev.*, vol. 18, 1993, *spéc.* p. 476 ; A. ZIEGLER, *Trade and Environmental Law in the European Community*, Clarendon Press, OUP, 1996, *spéc.* p. 19 ; M. POIARES MADURO, *We the Court...*, *op. cit.*, pp. 95 et s. ; E. SPAVENTA, "From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic European Constitution", *CML Rev.*, vol. 41, 2004, p. 743, *spéc.* pp. 744 et s. ; L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes... », *préc.*, pp. 31-32.

²¹⁴ Sur le lien entre l'interdiction du protectionnisme économique et l'interdiction des discriminations, v. *infra*, titre 1 de la présente partie.

47. Toutefois « *le droit du Marché commun [...] ne répond pas seulement à une conception économique fondée sur la doctrine de l'anti-protectionnisme* »²¹⁵. Certains des critères employés par la Cour de justice révèlent, en effet, un dépassement de cette doctrine.

Ainsi, le principe de reconnaissance mutuelle, d'abord formulé, implicitement, par la Cour de justice²¹⁶, puis rationalisé par les institutions communautaires²¹⁷, met en relief une des autres finalités de l'intégration négative : décloisonner les marchés nationaux. Comme l'a relevé le professeur WILS, « *la simple existence d'un patchwork géographique de différentes réglementations est susceptible d'imposer une charge économique substantielle* »²¹⁸ de nature à dissuader les opérateurs économiques de faire usage de leur liberté de circulation. Une grande partie de la jurisprudence de la Cour de justice répond donc à cette finalité de décloisonnement des marchés. En revanche, il apparaît plus difficile de rattacher la jurisprudence américaine à un tel objectif²¹⁹, même si la Cour Suprême a, également, dans certaines espèces, dépassé le principe de non-discrimination et interdit des mesures indistinctement applicables²²⁰.

Enfin, certains critères mis en œuvre par la Cour de justice semblent dépasser l'objectif de décloisonnement des marchés. En effet, le critère de l'accès au marché²²¹ apparaît, dans certains cas, ressortir d'une volonté de protéger la liberté économique des opérateurs. En ce sens, certains auteurs ont pu rapprocher la jurisprudence de la Cour de justice en matière de libre circulation de celle de la Cour Suprême des Etats-Unis relative à la *due process clause* du 14^{ème} amendement²²². Sur le fondement de cette disposition, les juges de Washington ont, à une certaine époque, déclaré inconstitutionnelles des mesures affectant les choix des opérateurs économiques.

²¹⁵ L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes... », préc., p. 32.

²¹⁶ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG* (« *Cassis de Dijon* »), aff. 120/78, *Rec.* p. 649.

²¹⁷ V. par ex. la communication de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (*Cassis de dijon*) (JO C 256 du 3.10.1980, p. 2)

²¹⁸ W. WILS, «The Search for the Rule in Article 30 EEC...», préc., p. 477

²¹⁹ V. à ce propos, D. W. KMIEC, «Nondiscrimination or Regulation : a U.S. –E.U. Comparison», *Tex. Rev. L. & Pol.*, vol. 12, 2008, p.405.

²²⁰ V. le titre 2 de la présente partie, *infra*.

²²¹ V. par ex. CJCE, 10 février 2009, *Commission c/ Italie* (« *cyclomoteurs* »), aff. C-110/05, *Rec.* p. I-519.

²²² V. par ex. I. ELIASOPH, «A “Switch in Time” for the European Community? Lochner discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe», *Colum. J. Eur. L.*, vol. 14, 2008, p. 467 ; C. BARNARD, «Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US», *C. L. J.*, vol. 68, 2009, p. 575, *spéc.* p. 580.

48. La notion d'entrave peut donc principalement s'analyser au travers de l'objectif de lutte contre le protectionnisme économique (titre 1) et de celui de décloisonnement des marchés. La frontière entre ce dernier objectif et celui de libéralisation de l'économie étant tenue dans certaines espèces, se posera la question de son dépassement réel ou apparent (titre 2).

Titre 1 – La lutte contre le

protectionnisme

49. La portée exacte que les pères fondateurs de la Constitution américaine ont entendu donner à la clause de commerce demeure discutée²²³. Il est toutefois généralement admis qu'elle a été conçue comme un instrument de lutte contre le protectionnisme économique²²⁴, entendu, dans sa forme défensive, comme l'ensemble des mesures « *visant à empêcher ou limiter les importations de biens et de services* »²²⁵ et « *à protéger de la concurrence [externe] le marché intérieur d'un pays* »²²⁶ et, dans sa forme offensive, comme l'ensemble des mesures destinées à avantager « *les produits nationaux dans la concurrence exercée par ceux-ci à l'égard des produits des autres Etats membres sur les marchés de ces derniers* »²²⁷. La Cour Suprême des Etats-Unis a d'ailleurs fondé sur cette prémisse l'ensemble de son analyse des entraves aux échanges entre les Etats américains. Ainsi, elle affirmait en 1935 que « *le principe ultime est qu'un Etat, dans ses relations avec un autre, ne peut se placer lui-même dans une position d'isolement économique. Les formules et slogans sont subordonnés à cette*

²²³ V. l'introduction de la thèse.

²²⁴ V. C.R. SUNSTEIN, "Protectionism, the American Supreme Court, and Integrated Markets", in R. BIEBER, R. DEHOUSSE, J. PINDER, J. H. H. WEILER (eds.), 1992: *One European Market?*, Baden-Baden, 1988, p. 127, *spéc.* p. 130 ; D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", *préc.*, p. 1114, n. 55. Cette idée a cependant pu être contestée par une partie, minoritaire, de la doctrine qui estime que, en élaborant la clause de commerce, les pères fondateurs n'avaient pas particulièrement en vue la lutte contre le protectionnisme économique (v. à ce propos B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", *préc.*, pp. 478 et s.).

²²⁵ A. BEITONE, A. CAZORLA, C. DOLLO, A-M. DRAI, *Dictionnaire des sciences économiques*, Armand Colin, 2^{ème} éd., 2007.

²²⁶ *Lexique d'économie*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006.

²²⁷ D. BERLIN, « Surveillance communautaire des droits fiscaux nationaux », *JurisClasseur Europe*, fasc. 1610, 2005, pt 54. V. également H.-F. HENNER, « Le protectionnisme: bilan, limites, réexamen », *Revue économique*, n° 6, 1982, p. 957, *spéc.* pp. 969 et s. Pour une illustration de ce concept, v. l'article 111 TFUE.

exigence fondamentale »²²⁸. Tirant les conséquences de cette observation, elle jugeait que « *ni le pouvoir de taxer ni le pouvoir de [réglementer] ne peuvent être utilisés en vue et avec pour effet d'établir une barrière économique à l'égard de la concurrence des produits des autres Etats ou du travail de leurs résidents* »²²⁹. Si les termes employés varient d'un arrêt à l'autre, cette idée, quoique contestée par une partie de la doctrine²³⁰, traverse toute la jurisprudence jusqu'à nos jours²³¹.

50. Dans l'Union européenne, l'établissement du marché commun passait nécessairement par l'abolition « *de toutes les protections qui font [...] obstacle aux échanges et qui morcellent l'économie européenne* »²³². Toutefois, dès la création des Communautés, l'ambition des Etats a excédé la création d'un simple espace de libre-échange²³³. Cette volonté se manifeste aussi bien dans le traité que dans la jurisprudence de la Cour de justice. En premier lieu, les rédacteurs du traité se sont gardés, à quelques exceptions près, de recourir au vocabulaire du protectionnisme. Seuls les articles 96 et 110 TFUE, relatifs respectivement aux prix et conditions appliqués par les Etats dans le secteur des transports et aux impositions intérieures, interdisent explicitement les mesures étatiques protectionnistes²³⁴. On peut également interpréter l'article 36 TFUE – qui interdit que les interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit constituent « *un moyen de discrimination arbitraire [ou] une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres* » – comme excluant

²²⁸ Baldwin v. G.A.F. Seelig, Inc., 294 U.S. 511, 527 (1935) : “What is ultimate is the principle that one state, in its dealing with another, may not place itself in a position of economic isolation. Formula and catchword are subordinate to this overmastering requirement”.

²²⁹ Id : “neither the power to tax nor the police power may be used by the state of destination with the aim and effect of establishing an economic barrier against competition with the products of another state or the labor of its residents”.

²³⁰ Pour certains auteurs, l'application de ce principe, qui ne trouverait aucun fondement dans la Constitution, ne serait justifié ni sur un plan économique ni sur un plan politique (v. L. HEINZERLING, “The Commercial Constitution”, *Sup. Ct. Rev.*, 1995, p. 217). Pour une opinion *contra* B. P. DENNING, “Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine”, *préc.*, pp. 484 et s.

²³¹ V. par ex. *Hughes*, 441 U.S., *préc.*, pp. 325-326 ; *Heald*, 544 U.S., *préc.*, p. 473. Ce principe est également au cœur des analyses des juridictions inférieures (v. par ex. *Houlton Citizens' Coalition v. Town of Houlton*, 175 F.3d 178 (1st Cir. 1999)).

²³² Rapport Spaak, *préc.*, p. 15.

²³³ V. not. le rapport Spaak, *préc.*, p. 21 : « *l'établissement d'une simple zone de libre-échange se heurterait à des difficultés pratiques presque insurmontables* ». Sur les différents types d'intégration économique, v. introduction.

²³⁴ Article 96, §1 : « *L'application imposée par un État membre, aux transports exécutés à l'intérieur de l'Union, de prix et conditions comportant tout élément de soutien ou de protection dans l'intérêt d'une ou de plusieurs entreprises ou industries particulières est interdite sauf si elle est autorisée par la Commission* » ; article 110, §2 : « *aucun État membre ne frappe les produits des autres États membres d'impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions* ».

toute justification d'une entrave à la libre circulation des marchandises lorsque la mesure poursuit, en réalité, une finalité protectionniste²³⁵.

En second lieu, la Cour de justice ne s'appuie que très exceptionnellement sur le caractère protectionniste d'une mesure pour conclure à l'existence d'une entrave²³⁶, les dispositions du traité, à l'exception de l'article 110 TFUE, ne l'invitant guère à une telle analyse.

51. On ne saurait cependant conclure au caractère accessoire de l'interdiction du protectionnisme dans l'analyse des entraves aux libertés de circulation²³⁷, d'autant que les Etats ont, à certaines époques, eu tendance à redéployer des politiques protectionnistes²³⁸. D'une part, le traité interdit catégoriquement les formes traditionnelles de protectionnisme. Droits de douane, restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent ont dû, comme aux Etats-Unis, en vertu de la *dormant commerce clause* et de l'*import-export clause*²³⁹, disparaître de l'arsenal juridique des Etats²⁴⁰. D'autre part, toute mesure discriminatoire dans son contenu ou ses effets à l'égard des produits importés ou des opérateurs non étatiques est interdite. Or une telle règle trouve sa source dans l'interdiction du protectionnisme : en favorisant les activités économiques nationales, les Etats protègent leur marché de la concurrence étrangère. Dès lors, la lutte contre le protectionnisme implique nécessairement l'affirmation d'un principe d'égalité de traitement des productions et activités économiques²⁴¹.

52. Si ce lien entre protectionnisme et discrimination n'apparaît explicitement ni dans le

²³⁵ V. à ce propos, 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, §1, A, *infra*.

²³⁶ V. par ex. CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, *Rec.* p. 2727, pt 16 : « [la mesure] comporte donc un effet protecteur en faveur d'une production nationale ». A titre surabondant, la Cour observe parfois que la mesure a pour effet de protéger le marché national. V. par ex. CJCE, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, *préc.*, pt 14 ; CJCE, 26 juin 1980, *Gilli et Andres* (« Vinaigre I »), aff. 788/79, *Rec.* p. 2071, pt 10 ; CJCE, 24 novembre 1982, *Commission c/ Irlande* (« Buy Irish »), aff. 249/81, *Rec.* p. 4005, pt 23.

²³⁷ Selon le professeur POIARES MADURO, la lutte contre le protectionnisme « était la préoccupation première de ceux qui ont rédigé le traité de Rome [...] » (M. POIARES MADURO, "Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights", *ELJ*, n° 3, 1997, p. 55, *spéc.* p. 67).

²³⁸ V. à ce propos, Livre Blanc sur la réalisation du marché intérieur, *préc.*, p. 5.

²³⁹ V. chapitre 1, *infra*.

²⁴⁰ V. les articles 30 et 32 TFUE. Les droits de douane et les restrictions quantitatives devaient avoir disparu à l'expiration de la période de transition. On peut sans doute classer les aides d'Etat parmi les mesures protectionnistes par nature. Toutefois, les interdire purement et simplement équivaldrait à restreindre drastiquement l'intervention financière des Etats dans leur économie. En conséquence les aides sont soumises à un contrôle préalable dans l'Union européenne et sont largement autorisées aux Etats-Unis (v. chapitre 1, section 2, §2, A, *infra*).

²⁴¹ Sur les concepts de non-discrimination et d'égalité de traitement, v. chapitre 1, section 2, §1 du présent titre, *infra*.

TFUE ni dans la jurisprudence de la Cour de justice, il a en revanche été clairement établi par la Cour Suprême, pour qui « *la justification principale du principe de non-discrimination est l'interdiction des lois étatiques ou municipales dont l'objet est le protectionnisme économique* »²⁴². Pour reprendre les termes du professeur COLLINS, « [l]e concept de discrimination [...] est [donc] un instrument pour identifier les actions protectionnistes des gouvernements étatiques [...] »²⁴³.

L'absence de recours au concept de protectionnisme dans les textes et la jurisprudence européenne ne signifie pas, à notre sens, qu'il faille donner une interprétation différente au principe de non-discrimination. Celui-ci constitue également l'instrument de détection du protectionnisme²⁴⁴.

53. Diverses raisons permettent, toutefois, d'expliquer l'asymétrie des approches de la Cour Suprême et de la Cour de justice.

Tout d'abord, le raisonnement causal de la Cour Suprême s'explique par l'absence d'interdiction des entraves dans la Constitution américaine. Dès lors, il lui a fallu justifier les tests employés, et notamment le test de la discrimination, en se fondant sur l'intention supposée des pères de la Constitution de mettre fin aux rivalités économiques entre Etats²⁴⁵. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains contestent, aux Etats-Unis, le principe d'interdiction des discriminations, au motif que celui-ci ne trouverait aucun fondement explicite dans la Constitution²⁴⁶. Disposant, à cette fin, de règles précises dans le traité, la Cour de justice n'a pas eu, pour sa part, à légitimer son contrôle.

Ensuite, la faible occurrence du terme « protectionnisme » témoigne, sans doute, dans l'Union européenne, de la volonté de s'extraire du vocabulaire du libre-échange, propre, en principe,

²⁴² *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S., préc., p. 390 : “[t]he central rationale for the rule against discrimination is to prohibit state or municipal laws whose object is local economic protectionism, laws that would excite those jealousies and retaliatory measures the Constitution was designed to prevent”. V. également *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456, 471 (1981).

²⁴³ R. B. COLLINS, “Economic Union as a Constitutional Value”, préc., p. 46. Certains auteurs contestent cependant ce lien automatique établi entre la discrimination et le protectionnisme (v. C. GAGE O’GRADY, “Targeting State Protectionism Instead of Interstate Discrimination Under the Dormant Commerce Clause”, *San Diego L. Rev.*, vol. 34, 1997, p. 571).

²⁴⁴ En ce sens, v. not. M. POIARES MADURO, *We the Court...*, op. cit., p. 40 (pour celui-ci la prévention du protectionnisme constitue le fondement normatif d’un test fondé sur la discrimination). V. également E. WHITE, “In search of the limits...”, préc., p. 243 ; E. SPAVENTA, “From Gebhard to Carpenter...”, préc., p. 744.

²⁴⁵ V. à ce propos l’introduction de la thèse.

²⁴⁶ V. par ex. l’opinion séparée du juge THOMAS dans l’arrêt *United Haulers Association v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority*, 550 U.S. 330, 349 et s. (2007). Dans la doctrine, v. not. L. HEINZERLING, “The Commercial Constitution”, préc., p. 217.

aux organisations moins intégrées²⁴⁷.

Enfin, une analyse des réglementations étatiques en termes de protectionnisme implique de démontrer que l'Etat a entendu protéger son marché, là où il prétend le plus souvent poursuivre un objectif légitime. Le caractère protectionniste de certaines mesures est peu discutable : un droit de douane a, notamment, pour objectif d'augmenter les prix des produits importés, de même qu'une restriction quantitative vise à limiter les importations. Dans les deux cas, la finalité poursuivie est de réduire la concurrence sur le marché étatique. En revanche, d'autres réglementations nécessitent un contrôle plus approfondi des motivations étatiques. Se fonder sur le contenu ou les effets discriminatoires d'une mesure évite, à notre sens, d'entrer dans des considérations fortement empreintes de subjectivisme²⁴⁸. Le recours à la notion de discrimination présente également des avantages politiques en évitant d'accuser un Etat de protectionnisme économique²⁴⁹.

En conséquence, si le critère de la discrimination n'est pas corrélé à l'interdiction du protectionnisme dans l'Union européenne, il constitue, selon nous, un moyen de détection du protectionnisme, explicite aux Etats-Unis et implicite dans l'Union européenne²⁵⁰. Comme nous le verrons, cette différence n'est pas sans conséquence, la Cour Suprême refusant de condamner certaines discriminations de fait au motif que leur caractère protectionniste n'est pas établi²⁵¹.

54. Les instruments employés par les Etats à des fins protectionnistes sont extrêmement variés. Ils s'échelonnent des formes « grossières » de protectionnisme – qui, en pratique, ont

²⁴⁷ Notamment l'Organisation Mondiale du Commerce (v. les accords du GATT et en particulier l'article III, §1 qui fait expressément référence à l'interdiction des mesures protectionnistes). V. G. De BURCA, "Unpacking the Concept of Discrimination in the EC and the WTO", in C. BARNARD and J. SCOTT, *The Law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, p. 181. Le recours fréquent aux concepts du protectionnisme pour désigner les rapports entre les Etats fédérés aux Etats-Unis tend toutefois à montrer qu'il ne saurait se limiter aux rapports entre Etats souverains.

²⁴⁸ V. en ce sens, C. GAGE O'GRADY, "Targeting State Protectionism...", préc., p. 595-596 ; M. POIARES MADURO, *We the Court...*, op.cit., pp. 162-163.

²⁴⁹ V. en ce sens, C. HILSON, "Discrimination in Community free movement law", *ELRev.*, vol. 5, 1999, p. 445, spéc. p. 448.

²⁵⁰ Les concepts de discrimination et de protectionnisme ne se confondent donc pas : une mesure peut être protectionniste sans être discriminatoire au sens strict (v. *infra*, chapitre 1, section 1 du présent titre). Inversement, une mesure peut être discriminatoire sans pour autant être protectionniste. Ceci s'explique par le fait que le protectionnisme désigne davantage, selon nous, l'objectif d'une mesure, alors que le caractère discriminatoire d'une réglementation se déduit de son contenu ou de ses effets (v. en ce sens, l'article de référence de D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", préc., p. 1094. V. également C. GAGE O'GRADY, "Targeting State Protectionism...", préc., pp. 593 et s.). Pour de plus amples développements à ce propos, v. *infra*, chapitre 1, section 2, § 1, C du présent titre.

²⁵¹ V. chapitre 1, section 2, §1, C, *infra*.

disparu²⁵² – à des formes très subtiles de mesures indistinctement applicables dans leurs formes mais discriminatoires dans leurs effets. Généralement les réglementations protectionnistes auront pour objet d’empêcher ou de gêner l’accès au marché étatique des produits ou personnes originaires d’autres Etats (chapitre 1). Plus exceptionnellement, elles auront pour but d’empêcher ou de gêner la sortie du territoire étatique (chapitre 2).

Chapitre 1 – Manifestation principale du

protectionnisme : les entraves à l’entrée sur le

marché

55. Traditionnellement, les Etats contrôlaient et limitaient l’accès à leur marché en établissant des droits de douane (section 1) ou des restrictions quantitatives aux importations. L’interdiction formelle de telles mesures les a conduits à réduire les barrières à l’entrée sur le marché. Toute forme de protectionnisme n’a toutefois pas disparu, comme en témoignent les jurisprudences abondantes en matière de discriminations (section 2).

²⁵² V. à ce propos, A. MATTERA, « Les nouvelles formes de protectionnisme économique et les articles 30 et suivantes du traité », *RMC*, n° 267, 1983, p. 252, *spéc.* p. 253. Du même auteur, v. « L’article 30 du traité de la CEE, la jurisprudence « Cassis de Dijon » et le principe de reconnaissance mutuelle. Instruments au service d’une Communauté plus respectueuse des diversités nationales », *RMUE*, n° 4, 1992, p. 13, *spéc.* p. 17.

Section 1 – Une interdiction relativement similaire des droits de douane et taxes d'effet équivalent

56. Instruments typiques du protectionnisme²⁵³, les droits de douane et taxes d'effet équivalent à de tels droits sont strictement interdits dans chaque Union. Ce principe prend la forme d'une suppression totale des droits de douane et taxes d'effet équivalent entre les Etats de chaque Union (§1) et d'un transfert total de compétence à l'Union en ce qui concerne les relations douanières avec les Etats tiers (§2). En ce sens, les Etats-Unis comme l'Union européenne comprennent une union douanière²⁵⁴ que les accords du GATT définissent comme « *la substitution d'un seul territoire douanier à deux ou plusieurs territoires douaniers, lorsque cette substitution a pour conséquence : i) que les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives [...] sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux entre les territoires constitutifs de l'union, ou tout au moins pour l'essentielle des échanges commerciaux portant sur les produits originaires de ces territoires ; ii) et que, [...], les droits de douane et les autres réglementations appliqués par chacun des membres de l'union au commerce avec les territoires qui ne sont pas compris dans celle-ci sont identiques en substance* »²⁵⁵.

²⁵³ A. MATTERA, « La libre circulation des marchandises et articles 30 à 36 du traité CEE », *RMC*, 1976, p. 500, spéc. p. 502 ; C. J. BERR, *Introduction au droit douanier*, Economica, 2008, spéc. pp. 14 et s. V. également MONTESQUIEU, qui, au 18^{ème} siècle, écrivait « [l]à où il y a du commerce, il y a des douanes. L'objet du commerce est l'exportation et l'importation des marchandises en faveur de l'Etat, et l'objet des douanes est un certain droit sur cette même exportation et importation, aussi en faveur de l'Etat » (MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 622).

²⁵⁴ Les Etats fédérés américains n'étant pas souverains, on ne peut, à proprement parler, qualifier les Etats-Unis d'union douanière (voir introduction de la thèse). Ceci dit, en raison de la forme fédérale de l'Etat, les mécanismes employés sont comparables. D'autres Constitutions d'Etats fédéraux interdisent également les droits de douane entre Etats et font de la politique douanière vis-à-vis des Etats tiers une compétence exclusive de la fédération (v. par ex. les articles 86 à 93 de la Constitution australienne).

²⁵⁵ Article XXIV 8 a) des accords du GATT. Pour des exemples d'unions douanières, v. C. SOULARD, « Union douanières - Principes », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 500, 2006, pts 14-15.

§1. L'interdiction des droits de douane et taxes d'effet équivalent entre les Etats de l'Union

57. Les droits de douane – ou « *impost* » et « *duties* » selon les termes employés dans la Constitution américaine – désignent les charges pécuniaires frappant les produits importés et se manifestant soit sous forme de droits spécifiques, basés par exemple sur la capacité, le poids ou les mesures des produits, soit sous la forme de *droits ad valorem*, fixés en pourcentage de la valeur en douane des marchandises²⁵⁶.

58. Avant la création de la fédération américaine d'une part, et des Communautés européennes, d'autre part, les Etats utilisaient fréquemment cet instrument pour contrôler les importations sur leur territoire²⁵⁷ et se procurer des recettes fiscales²⁵⁸. L'interdiction par la Constitution américaine et par le TFUE, en ses articles 28 et 30, des droits de douane tant à l'importation qu'à l'exportation²⁵⁹, ainsi que sur les marchandises en transit²⁶⁰, a conduit à leur disparition progressive entre les Etats de chaque Union. Il en résulte que « [p]armi les obstacles à la libre circulation des marchandises, les droits de douane [...] n'ont plus

²⁵⁶ C. J. BERR et H. TREMEAU, *Le droit douanier, communautaire et national*, Economica, 7^{ème} éd., 2006, spéc. p. 85.

²⁵⁷ Dans l'UE, v. C. J. BERR et H. TREMEAU, *Le droit douanier...*, op. cit., pp. 3 et s. ; aux Etats-Unis, v. W. F. TWYMAN, Jr., "Beyond Purpose: Addressing State Discrimination in Interstate Commerce", *S.C. L. Rev.*, vol. 46, 1995, p. 381, spéc. p. 386. Certains auteurs américains contestent cependant que les Etats fédérés aient jamais utilisé entre eux l'instrument des droits de douane (v. par ex. E. KITCH, "Business Organization Law: State or Federal? An Inquiry Into the Allocation of Political Competence in Relation to Issues of Business Organization Law in a Federal System", in R. BUXBAUM, G. HERTIG, A. HIRSCH and K. HOPT (eds.), *European Business Law – Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, W. de Gruyter, 1991, p. 35, spéc. p. 38). Cette opinion demeure toutefois minoritaire.

²⁵⁸ C. SOULARD, « Union douanières - Principes », préc., pt 1.

²⁵⁹ Sont visés aussi bien les marchandises produites dans un Etat fédéré ou dans un Etat membre de l'UE que les marchandises produites dans un Etat tiers et mises en « libre pratique » sur le territoire de chaque Union. Les marchandises en « libre pratique » sont, selon la définition du TFUE, celles « pour [lesquelles] les formalités d'importation ont été accomplies et les droits de douane et taxes d'effet équivalent exigibles ont été perçus dans cet Etat membre, et qui n'ont pas bénéficié d'une ristourne totale ou partielle de ces droits et taxes » (article 29 TFUE). L'article 4 du règlement CEE n° 2913/92, préc., assimile, en tant que « marchandises communautaires », les marchandises produites dans l'Union et les marchandises mises en libre pratique sur le territoire de l'UE.

²⁶⁰ Les droits sur les marchandises en transit ne sont mentionnés ni par le TFUE ni par la Constitution américaine mais la CJUE, comme la Cour Suprême des Etats-Unis, a entendu protéger les marchandises en transit des droits de douane et autres taxes. Dans l'UE, v. CJCE, *SIOT*, aff. 266/81, préc. V. également le règlement CEE n° 2913/92, préc. Aux Etats-Unis, v. not. *The licence Cases*, 46 U.S. (5 How.) 504 (1847). Pour de plus amples développements à ce propos, v. *infra*. §2.

aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif»²⁶¹. En revanche, les Etats n'ont pas nécessairement cessé d'imposer les marchandises importées, maintenant ou introduisant ainsi dans leur législation des taxes produisant un effet équivalent à un droit de douane. De telles taxes sont strictement interdites et aucune exception n'est tolérée (A). Toutefois, les juridictions font preuve d'une certaine tolérance à l'égard des taxes perçues en contrepartie de services rendus par les Etats (B).

A. Une prohibition large des taxes d'effet équivalent aux droits de douane

59. La notion de taxe d'effet équivalent n'étant pas définie par le TFUE, il est revenu à la Cour de justice de lui donner corps. Après quelques variations jurisprudentielles²⁶², la Cour a scellé la notion en 1969, en la définissant comme « *une charge pécuniaire, fût elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique et frappant les marchandises nationales ou étrangères en raison du fait qu'elles franchissent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit [...]* »²⁶³. L'élément caractéristique de la taxe d'effet équivalent est son fait générateur, c'est-à-dire le franchissement d'une frontière – nationale ou, comme l'a reconnu ultérieurement la Cour de justice, infraétatique²⁶⁴ –, à

²⁶¹ J. MOLINIER et N. De GROVE-VALDEYRON, *Droit du marché intérieur européen*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2008, spéc. p. 26. V. cependant CJCE, 25 septembre 1979, *Commission c/ France*, aff. 232/78, *Rec.* p. 2729.

²⁶² V. CJCE, 14 décembre 1962, *Commission c/ Luxembourg et Belgique*, aff. jtes 2 et 3/62, *Rec.* p. 813, arrêt dans lequel la Cour donne une première définition du concept : une taxe relevait des articles 9 et 12 CEE (devenus articles 28 et 30 TFUE) lorsqu'elle frappait « *spécifiquement un produit importé d'un pays membre à l'exclusion du produit national similaire, [et avait] pour résultat, en altérant son prix, d'avoir ainsi sur la libre circulation des produits, la même incidence qu'un droit de douane* » (p. 828 de l'arrêt). V. également CJCE, 16 juin 1966, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes 52 et 55/65, *Rec.* p. 227 : l'ancien article 13 CEE – qui prévoyait la suppression des taxes d'effet équivalent à des droits de douane au cours de la période de transition – avait, selon la Cour, « *pour objet d'interdire toutes les mesures [...] qui [...] aboutissent, à l'occasion de l'importation, aux mêmes effets discriminatoires ou protecteurs que les droits de douanes* » (p. 243 de l'arrêt).

²⁶³ CJCE, 1^{er} juillet 1969, *Commission c/ Italie*, aff. 24/68, *Rec.* p. 193, pt 9.

²⁶⁴ V. par ex., CJCE, 16 juillet 1992, *Legros*, aff. C-163/90, *Rec.* p. I-4625 ; CJCE, 9 août 1994, *Lancry c/ Direction Général des douanes*, aff. C-363/93, *Rec.* I-3957 ; CJCE, 14 septembre 1995, *Simitzi*, aff. C-485/93, *Rec.* p. I-2655 ; CJCE, 8 novembre 2005, *Jersey Produce, Marketing*, aff. C-293/02, *Rec.* p. I-9543. Le traité ne vise, certes, que les droits de douane et taxes d'effet équivalent entre les Etats membres mais « *c'est parce que les auteurs du traité ont présumé l'inexistence de taxes présentant les caractéristiques d'un droit de douane à l'intérieur de ces Etats* » (CJCE, 9 septembre 2004, *Carbonati Apuani*, aff. C-72/03, *Rec.* p. I-8027, pt 22).

l'exclusion de tout autre critère²⁶⁵. A défaut du franchissement d'une frontière, une taxe relève de l'article 110 TFUE qui vise « à colmater les brèches qu'un procédé fiscal pourrait ouvrir dans les interdictions [des articles 28 et 30 TFUE] »²⁶⁶.

60. Le caractère discriminatoire de la mesure ne constitue notamment pas une condition de qualification²⁶⁷ et la Cour a jugé que « l'abolition des barrières douanières ne vise [...] pas exclusivement à éliminer leur caractère protecteur »²⁶⁸. En étendant l'interdiction aux taxes à caractère régionale ou locale et touchant ainsi également les produits nationaux, la Cour a confirmé cette approche. Toutefois, une partie de la doctrine a défendu l'idée qu'un droit de douane avait toujours un caractère discriminatoire et un effet protecteur. Ainsi, pour le professeur PESCATORE, les droits de douane « sont discriminatoires par nature » et ils « ont un caractère « protecteur », par le fait qu'ils ont pour fonction essentielle d'assurer un avantage concurrentiel à l'économie »²⁶⁹. Pour le professeur MARENCO, « [il] s'agit toujours d'un obstacle qui grève seulement les importations, sans contrepartie en ce qui concerne la production nationale prise dans sa globalité »²⁷⁰. Nous partageons ces opinions. Il est certes vrai qu'une charge sur une marchandise importée peut être qualifiée de taxe d'effet équivalent alors même qu'il n'existe pas de production nationale similaire et que, en conséquence, un des éléments de la discrimination fait défaut²⁷¹. Toutefois, si une telle

²⁶⁵ V. CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. 24/68, préc., pt 9 ; CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Commission*, aff. C-209/89, *Rec.* p. I-1594. Pour une synthèse de la jurisprudence relative à la notion de taxe d'effet équivalent, v. J. M. GRAVE, « L'interdiction des taxes d'effet équivalant à un droit de douane : un élément fondateur de l'Union douanière au service du marché intérieur et de la politique commerciale commune », *RAE*, n° 4, 2005, p. 621.

²⁶⁶ CJCE, 1^{er} juillet 1969, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, aff. jtes 2 et 3/69, *Rec.* p. 211, pt 10. Sur l'article 110 TFUE, v. section 2. §2. A, *infra*.

²⁶⁷ V. à ce propos, K. BANKS, "The application of the fundamental freedoms to Member State tax measures : Guarding against protectionism or second-guessing national policy choices?", *ELRev.*, vol. 33, 2008, p. 482, *spéc.* p. 483.

²⁶⁸ CJCE, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders* aff. jtes 2 et 3/69, préc., pt 12.

²⁶⁹ P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la cour de justice – Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, tome III, Bruylant LGDJ, 1972, p. 325, *spéc.* p. 331.

²⁷⁰ G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *CDE*, 1984, p. 291, *spéc.* p. 314.

²⁷¹ V. par ex. CJCE, 22 avril 1999, *CRT France International*, aff. C-109/98, *Rec.* p. I-2237. Sur la notion de discrimination, v. *infra*, section 2, § 1 du présent chapitre.

production existe, elle ne doit pas être affectée par la taxe²⁷², ce qui signifie, dans cette hypothèse, que le caractère discriminatoire de la charge doit être établi. Quoi qu'il en soit, il nous semble qu'une taxe d'effet équivalent a, par nature, un caractère protectionniste²⁷³. Peu importe à cet égard l'objectif réellement poursuivi²⁷⁴ : en pratique une taxe augmente le prix des marchandises²⁷⁵, ce qui a pour double effet de fausser la concurrence et de dissuader éventuellement les importateurs de commercialiser leurs marchandises sur le territoire national ou local²⁷⁶.

61. Aux Etats-Unis, l'interdiction des droits de douane et taxes d'effet équivalent semble, de prime abord, relever de l'article I, section 10, clause 2 de la Constitution. Celui-ci dispose qu'« *aucun Etat ne pourra, sans le consentement du Congrès, lever des impôts [imposts] ou des droits [duties] sur les importations ou les exportations autres que ceux qui seront absolument nécessaires pour l'exécution de ses lois d'inspection* »²⁷⁷. Bien que non définis par la Constitution, les termes « *imposts* » et « *duties* » sont considérés comme désignant, pour les premiers, les taxes levées sur des marchandises au moment même de leur importation, et pour les seconds, les droits perçus sur des marchandises, en raison de leur origine étrangère ou de leur destination²⁷⁸.

La clause 3 de la même section interdit, par ailleurs, les « *duties of tonnage* », c'est-à-dire les taxes portant sur les capacités d'embarquement des navires²⁷⁹. Cette dernière disposition, bien

²⁷² V. par ex. CJCE, 19 juin 1973, *Capolongo*, aff. 77/72, *Rec.* p. 611, pt 12 : « *l'interdiction des taxes d'effet équivalent vise toute taxe exigée à l'occasion de l'importation et qui, frapp[e] spécifiquement un produit importé à l'exclusion du produit national similaire [...]* » (nous soulignons).

²⁷³ Telle est d'ailleurs l'opinion de la Cour Suprême concernant les droits de douane et autres taxes. V. *infra*.

²⁷⁴ V par ex. CJCE, 14 décembre 1972, *SpA Marimex c/ Administration italienne des finances*, aff. 29/72, *Rec.* p. 1309, pt 7 ; CJCE, 20 mars 1984, *Commission c/ Belgique*, aff. 314/82, *Rec.* p. 1543, pt 11.

²⁷⁵ CJCE, *Capolongo*, aff. 77/72, préc., pt 12.

²⁷⁶ Le caractère local ou régional ne retire pas à une taxe son caractère protecteur. Ainsi dans l'affaire *Lancry* (C-363/93, préc.), il était admis que l'octroi de mer (désignant des taxes sur les marchandises introduites dans les départements d'outre-mer, que ces marchandises proviennent d'autres Etats ou de France métropolitaine) avait pour but de favoriser les activités économiques locales.

²⁷⁷ “*No State shall, without the Consent of the Congress, lay any imposts or duties on imports or exports, except what may be absolutely necessary for executing its inspection laws*”.

²⁷⁸ Les « *imposts* » constituent donc une sous-catégorie des « *duties* ». Pour une étude détaillée de l'*import-export clause*, v. not. B. DENNING, “Justice Thomas, The Import-Export Clause, and *Camps Newfound/Owatonna v. Harrison*”, *U. Colo. L. Rev.*, vol. 70, 1999, p. 155 ; L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 1159-1167.

²⁷⁹ “*No State shall, without the Consent of Congress, lay any duty of Tonnage*”.

que fréquemment appliquée par la Cour Suprême au cours du 19^{ème} siècle²⁸⁰, n’a, en raison de son champ d’application très restreint, qu’une incidence secondaire sur les droits de douane et taxes d’effet équivalent que pourraient adopter les Etats²⁸¹. En revanche, la clause 2 apparaît fournir une base juridique adaptée à cette finalité et il est probable que, dans l’esprit des pères fondateurs de la fédération, cette disposition ait eu pour objet tant de garantir l’exclusivité de la compétence de l’Union quant à la politique douanière extérieure que de mettre fin aux droits de douane et autres taxes que les Etats appliquaient à l’égard des importations des autres Etats de l’Union²⁸². En interprétant *a contrario* la clause de commerce et en lui donnant un vaste champ d’application, la Cour Suprême en a toutefois décidé autrement. Définissant strictement les termes « *impost* », « *import* » et « *export* »²⁸³, elle a rapidement considéré que l’*import-export clause* ne visait que les importations en provenance de pays tiers et les exportations à destination de ces pays²⁸⁴, la *dormant commerce clause* s’appliquant aux différentes taxes qui pourraient entraver le commerce à l’intérieur de l’Union²⁸⁵. L’article I, section 10, clause 2 constitue donc, en pratique, non le corollaire de l’article 30 TFUE mais celui des articles 28 et 31 TFUE qui, en prévoyant l’adoption d’un tarif douanier commun et en confiant cette tâche aux institutions communautaires, interdisent de fait aux Etats de

²⁸⁰ V. par ex., *Steamship Co. v. Portwardens*, 73 U.S. (6 Wall.) 32 (1867) ; *State Tonnage Tax Cases*, 79 U.S. 204 (1871) ; *Peete v. Morgan*, 86 U.S. (19 Wall.) 581 (1873) ; *Cannon v. City of New Orleans*, 87 U.S. (20 Wall.) 577 (1874) ; *Inman Steamship Co. v. Tinker*, 94 U.S. 238 (1876).

²⁸¹ Dans l’avant dernier arrêt rendu sur le fondement de l’article 1, section 10, cl. 3 - qui remonte à 1935 - la Cour a jugé que la disposition visait simplement à compléter et préciser la 2nde clause (*Clyde Mallory Lines v. Alabama*, 296 U.S. 261, 264-265 (1935)). Cette position a été réaffirmée en 2009, année du dernier arrêt rendu sur le fondement de cette clause (*Polar Tankers, Inc. v. City of Valdez*, 557 U.S. 1 (2009)). Pour de plus amples développements sur cette clause, v. E. M. JENSEN, “Quirky Constitutional Provisions Matter: the Tonnage Clause, Polar Tankers, and State Taxation of Commerce”, *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 18, 2011, p. 669.

²⁸² M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., pp. 284-285. V. également l’opinion dissidente du juge Thomas sous l’arrêt *Camps Newfound*, 520 U.S., préc., pp. 620 et s.

²⁸³ Pour une discussion du sens à donner à ces termes, v. B. DENNING, “Justice Thomas, The Import-Export Clause...”, pp. 188 et s.

²⁸⁴ *Woodruff v. Parham*, 75 U.S. (8 Wall.) 123 (1869). Cet arrêt contredit le *dictum* du juge Marshall dans l’arrêt *Brown v. Maryland* 25 U.S. (12 Wheat.) 419, 449 (1827), aux termes duquel la clause s’appliquait également aux importations des Etats de la fédération. V. également *Almy v. California*, 65 U.S. 169 (1861), arrêt dans lequel la clause a été appliquée à une taxe californienne relative à une exportation vers l’Etat de New-York. En revanche, l’interdiction des « *duties of tonnage* » visée par la troisième clause continue, après l’arrêt *Woodruff*, à s’appliquer au commerce interétatique (v. *State Tonnage Tax Cases*, 79 U.S. 204, préc. ; *Peete v. Morgan*, 86 U.S. 581, préc.).

²⁸⁵ *Woodruff*, 75 U.S., préc., p. 138. V. également *Brown v. Houston*, 114 U.S. 622 (1885). Certains estiment aujourd’hui que la Cour devrait plutôt appliquer l’*import-export clause* aux entraves fiscales discriminatoires entre Etats que la *dormant commerce clause*. V. à ce propos l’argumentation du juge Thomas sous l’arrêt *Camps Newfound*, 520 U.S., préc., pp. 520 et s. et la discussion de cette opinion : B. DENNING, “Justice Thomas, The Import-Export Clause...”, préc., pp. 155 et s.

prélever leurs propres droits de douane et autres taxes sur les produits importés de pays tiers²⁸⁶.

62. Sur le fondement de la clause de commerce, la Cour Suprême interdit donc toute taxe discriminatoire à l'égard des produits importés, ce qui comprend les droits de douane ou les taxes produisant un effet similaire²⁸⁷. Les juges considèrent en effet que ces droits et taxes « *constituent [l'exemple] paradigmatique de la loi discriminatoire à l'égard du commerce interétatique* »²⁸⁸. L'interdiction vise non seulement les charges pesant spécifiquement sur les produits en provenance d'autres Etats de l'Union mais également les taxes locales qui affecteraient aussi bien les marchandises originaires d'autres Etats que celles produites dans l'Etat même mais en dehors de la collectivité locale à l'origine de la taxe. Autoriser de telles charges, au motif que leur caractère discriminatoire à l'égard des seuls produits des autres Etats ne serait pas démontré, permettrait, selon la Cour, « *l'émergence de zones économiques préférentielles qui détruirait l'objectif même de la clause de commerce* »²⁸⁹. Cette assertion fait évidemment écho à la jurisprudence communautaire, les juges de Luxembourg ayant condamné les taxes locales et régionales au motif qu'elles portaient atteinte à « *l'unicité du territoire douanier* »²⁹⁰ et qu'elles rendaient « *plus difficile l'interpénétration voulue par le traité* »²⁹¹. Que ce soit aux Etats-Unis ou dans l'Union européenne, de telles taxes sont interdites parce qu'elles fractionnent, en tout état de cause, le marché. C'est pourquoi les règles ne se limitent pas à garantir la libre circulation entre les Etats mais visent à supprimer toute entrave tarifaire à l'intérieur de l'Union.

63. Cette lecture particulièrement large des dispositions interdisant les droits de douane et taxes d'effet équivalent s'accompagne logiquement d'un examen sévère des éventuelles justifications proposées par les Etats.

²⁸⁶ V. *infra*.

²⁸⁷ Il convient de relever que la Cour Suprême n'opère aucune distinction entre impositions intérieures discriminatoires et taxes d'effet équivalent à un droit de douane. Sa jurisprudence semble plutôt établir une gradation, les droit de douane et taxes d'effet équivalent (« *protective tariff* » et « *customs duty* ») étant considérés comme les formes les plus graves d'entraves dont l'inconstitutionnalité est, pour reprendre les termes de la Cour, « *patente* » (*West Lynn Creamery, Inc. v. Healy*, 512 U.S. 186, 193 (1994)).

²⁸⁸ *West Lynn Creamery, Inc.*, 512 U.S., préc., p. 193 ; *Camps Newfound*, 520 U.S., préc., p. 575.

²⁸⁹ *Associated Industries of Mo.*, 511 U.S., préc., p. 650 : « *Such a rule would invite a multiplication of preferential trade areas destructive of the very purpose of the Commerce Clause* ».

²⁹⁰ CJCE, *Legros*, aff. C-163/90, préc., pt 17.

²⁹¹ CJCE, *Simitzi*, aff. C-485/93, préc., pt 16.

B. L'admission résiduelle de certaines charges

64. Dans l'Union européenne, aucune exception à l'interdiction des droits de douane et taxes d'effet équivalent n'est prévue²⁹². La Cour de justice a cependant admis que certaines charges échappaient à la qualification de droit de douane ou de taxe d'effet équivalent. Outre le fait qu'une taxe affectant à la fois les produits importés ou exportés et les produits nationaux relève, en principe, du champ d'application de l'article 110 TFUE²⁹³, deux autres catégories de taxes ont été jugées comme ne relevant pas de l'article 30 TFUE. Il s'agit, d'une part, des charges « *constituant la rémunération d'un service effectivement rendu à l'opérateur économique, d'un montant proportionné audit service* » et, d'autre part, des contributions « *afférente[s] à des contrôles effectués pour satisfaire à des obligations imposées par le droit communautaire* »²⁹⁴. La faculté de lever des redevances dans ces hypothèses est toutefois subordonnée à des conditions strictes²⁹⁵.

65. Aux Etats-Unis, outre que le Congrès peut autoriser un Etat à lever un droit de douane²⁹⁶, l'*import-export clause* prévoit expressément que les Etats peuvent prélever des charges visant à financer les inspections qu'ils conduisent, ce qui correspond, peu ou prou, à la notion communautaire de service rendu. La Constitution précise que les droits ou impôts prélevés à cette occasion doivent être absolument nécessaires à la réalisation de ces inspections. Le Congrès dispose à cet égard d'un droit de révision des lois étatiques²⁹⁷ et, en cas de non respect de cette exigence, le Trésor américain est autorisé à prélever le surplus²⁹⁸. Cette faculté des Etats à prélever des taxes en contrepartie des services rendus aux opérateurs économiques a été doublement étendue par la jurisprudence.

²⁹² L'article 36 TFUE ne permet notamment pas de justifier une taxe d'effet équivalent, cette disposition visant spécifiquement les restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent (v. CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c/Italie*, aff. 7/68, *Rec.* p. 617, *spéc.* p. 628).

²⁹³ V. section 2, §2, A, *infra*.

²⁹⁴ V. not. CJCE, 27 septembre 1988, *Commission c/ Allemagne*, aff. 18/87, *Rec.* p. 5427, pt 6 ; CJCE, 2 mai 1990, *Etat néerlandais c/ Bakker Hillegom*, aff. C-111/89, *Rec.* p. I-1735, pt 10 ; CJCE, 27 février 2003, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-389/00, *Rec.* p. I-2001, pt 23.

²⁹⁵ V. *infra*.

²⁹⁶ Dans cette hypothèse, le produit de la taxe revient au Trésor des Etats-Unis et non à l'Etat qui l'a prélevée (article I, section 10, cl. 2 : "[...] and the net Produce of all Duties and Imposts, laid by any State on Imports or Exports, shall be for the Use of the Treasury of the United States"). Sur la faculté du Congrès d'autoriser les entraves au commerce, v. 2^{ème} partie de la thèse, titre 1, chapitre 2, *infra*.

²⁹⁷ Article 1, section 10, cl. 2 : « [...] toutes ces lois seront soumises à la révision et au contrôle du Congrès ».

²⁹⁸ B. DENNING, "Justice Thomas, The Import-Export Clause...", *préc.*, p. 188, n. 161.

D'une part, la Cour Suprême a nuancé l'interdiction des « *duties of tonnage* » en déclarant conformes à la Constitution les taxes exigées en contrepartie des services rendus par l'Etat²⁹⁹. D'autre part, à l'égard des autres droits de douane et taxes d'effet équivalent que les Etats pourraient prélever sur les importations ou exportations internes à l'Union, la Cour Suprême a admis des exceptions au principe d'interdiction des discriminations contenu dans la *dormant commerce clause*. Relèvent notamment de ces exceptions les prélèvements visant à financer les contrôles effectués par les autorités étatiques³⁰⁰.

66. Que ce soit dans l'Union européenne ou aux Etats-Unis, les redevances exigées en contrepartie des services rendus par l'Etat membre ou l'Etat fédéré doivent être proportionnées au coût de ce service. En revanche, le degré de contrôle diverge sensiblement : alors que la Cour Suprême ne semble vouloir sanctionner que les charges exagérément disproportionnées³⁰¹, la Cour de justice se montre beaucoup plus sévère avec les Etats. Elle a, en effet, estimé que l'exigence de proportionnalité impliquait que le montant de la charge ne dépassât pas le coût réel du contrôle³⁰². Elle a jugé à cet égard que la condition n'était remplie « *qu'en présence d'un lien direct entre le montant de la redevance et le contrôle concret à l'occasion duquel la redevance est perçue* », précisant qu'« *un tel lien existe lorsque le montant de la redevance est calculé en fonction de la durée du contrôle, du nombre de personnes qui y sont affectées, des frais matériels, des frais généraux ou éventuellement d'autres facteurs du même genre* »³⁰³. Cette exigence n'exclut toutefois pas une évaluation forfaitaire des coûts du contrôle, telle un tarif horaire fixe³⁰⁴, à condition qu'une telle

²⁹⁹ *V. Steamship Co. v. Portwardens*, 73 U.S. 32, préc. ; *Clyde Mallory Lines*, 296 U.S. 261, préc. Par comparaison, v. CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries*, aff. C-266/96, *Rec.* p. I-3949.

³⁰⁰ *Patapsco Guano Co. v. North Carolina Bd. of Agriculture*, 171 U.S. 345, 361 (1898): « [...] *la clause deux de la section dix de l'article un reconnaît expressément la validité des lois d'inspection, et autorise la collecte du montant nécessaire pour leur exécution, et nous pensons que le même principe doit s'appliquer au commerce interétatique* ».

³⁰¹ *Patapsco Guano Co.*, 171 U.S., préc., p. 351. Après avoir rappelé que le Congrès dispose d'un pouvoir de contrôle et de révision des charges perçues en contrepartie des inspections et que, en conséquence, il est compétent pour déterminer si le montant des charges est excessif, la Cour précise que « *la question [est] de savoir si la charge est si excessive qu'elle fait perdre à l'acte son caractère de loi d'inspection* ». En l'espèce, le litige était examiné à l'aune de la *commerce clause*. La Cour a toutefois utilisé son interprétation de l'*import-export clause* pour conclure que la taxe imposée par l'Etat de Caroline du Nord à l'occasion d'inspections des engrais n'était pas inconstitutionnelle. En revanche, elle a sanctionné, sur le fondement de la *dormant commerce clause*, un droit d'inspection 63% supérieur au coût du contrôle (v. *Phipps v. Cleveland Refining Co.*, 261 U.S. 449, 452 (1923)).

³⁰² CJCE, 12 juillet 1977, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. 89/76, *Rec.* p. 1355, pt 16.

³⁰³ CJCE, *Bakker Hillegom*, aff. C-111/89, préc., pts 12-13.

³⁰⁴ *Id.*

évaluation n'aboutisse pas, même dans des cas isolés, à un dépassement du coût réel de l'opération³⁰⁵.

67. Par ailleurs, la Cour de justice a défini strictement la notion de « service rendu ». Elle a ainsi estimé qu'« *une redevance perçue à l'occasion de contrôles systématiques à la frontière [...] constitue une taxe d'effet équivalant à des droits de douane à l'exportation [...] même si elle correspond au coût réel de chaque contrôle* »³⁰⁶. Autrement dit, une taxe pour service rendu ne peut être licite qu'à la condition que le service, s'il n'est pas imposé par le droit communautaire, soit facultatif. Par ailleurs, le service en question doit bénéficier directement et spécifiquement aux débiteurs de la taxe, c'est-à-dire être individualisable³⁰⁷. Tel n'est pas le cas de l'établissement de statistiques générales³⁰⁸ ou encore de « *la réparation et l'entretien du réseau routier, la mise en place d'une infrastructure portuaire, l'entretien d'un musée, [des] recherches sur la sécurité dans les carrières, l'activité de formation en génie minier, ou encore [de] l'aide sociale en faveur des ouvriers* »³⁰⁹. De même, un contrôle autorisé par le droit communautaire, dans la mesure où il est exercé dans l'intérêt général, doit être financé par la collectivité publique et non par les importateurs³¹⁰. Les arrêts dans lesquels la Cour reconnaît l'existence d'un « service rendu » sont donc rares : il s'agit la plupart du temps de simples *dicta*, les mesures litigieuses étant condamnées par ailleurs³¹¹.

En pratique, les conditions strictes posées par la Cour rendent l'admission d'une telle

³⁰⁵ V. par ex. CJCE, *Italie c/ Commission*, aff. C-209/89, préc.

³⁰⁶ CJCE, 22 juin 1994, *Allemagne c/ Deutsches Milch-Kontor* (« *Deutsches Milch-Kontor I* »), aff. C-426/92, *Rec. p. I-2757*, pt 56.

³⁰⁷ V. par ex. CJCE, 30 mai 1989, *Commission c/ Italie*, aff. 340/87, *Rec. p. 1483*, pt 15.

³⁰⁸ CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. 24/68, préc., pt 16.

³⁰⁹ CJCE, *Carbonati Apuani*, aff. C-72/03, préc., pt 32.

³¹⁰ V. par ex. CJCE, 15 décembre 1976, *Simmenthal*, aff. 35/76, *Rec. p. 1871*, pt 44 ; CJCE, 15 décembre 1993, *Ligur Carni*, aff. jtes C-277, 318 et 319/91, *Rec. p. I-6621*, pt 31. Cette hypothèse est à distinguer de celle où le contrôle est imposé par le droit communautaire, et qui, sous certaines conditions, peut être financé par les importateurs (v. *infra*).

³¹¹ Ainsi, si le placement de marchandises importées en dépôt provisoire dans les magasins spéciaux des entrepôts publics constitue un service rendu aux opérateurs économiques, l'extension de la taxe perçue en contrepartie de ce service aux importateurs n'entreposant pas leurs marchandises dans ces magasins viole les articles 28 et 30 TFUE (v. CJCE, 17 mai 1983, *Commission c/ Belgique*, aff. 132/82, *Rec. p. 1649*, pt 10).

hypothèse relativement improbable³¹², alors que la Cour Suprême s'est plutôt montrée souple à cet égard. Ainsi, si un Etat ne peut exiger le paiement d'une taxe pour un service non rendu³¹³, il n'est, en revanche, pas obligé de démontrer que le service en question a bénéficié spécifiquement à l'opérateur concerné³¹⁴.

68. Quant aux redevances perçues pour exécuter les contrôles rendus obligatoires par le droit communautaire, la Cour de justice a estimé qu'elles échappaient à la qualification de taxes d'effet équivalent si, outre l'interdiction de dépasser le coût des inspections, les contrôles remplissaient trois conditions. Ils doivent avoir « un caractère obligatoire et uniforme pour l'ensemble des produits concernés dans la Communauté » ; être « prévus par le droit communautaire dans l'intérêt général de la Communauté » ; et, enfin, favoriser « la libre circulation des marchandises, notamment en neutralisant des obstacles pouvant résulter de mesures unilatérales de contrôles prises en conformité avec l'article 36 du traité »³¹⁵. Aussi, l'existence d'une obligation communautaire ne suffit pas. Saisie à quelques reprises de cette justification, la Cour a essentiellement contrôlé que la mesure était bien imposée, et pas seulement autorisée, par le droit communautaire³¹⁶. Elle a en outre étendu sa jurisprudence aux contrôles effectués en vertu d'obligations internationales³¹⁷. Dans cette hypothèse, comme dans celle d'un contrôle imposé par le droit communautaire, la mesure perd en effet son caractère de « perception unilatérale »³¹⁸.

69. A une interdiction stricte des droits de douane et taxes d'effet équivalent entre les Etats de l'Union, s'ajoute, aux Etats-Unis comme dans l'Union européenne, un contrôle rigoureux

³¹² Dans la plupart des affaires où la Cour a été amenée à se prononcer sur la question, elle a considéré que les conditions posées n'étaient pas réunies. V. par ex. CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. 24/68, préc. ; CJCE, 26 février 1975, *Cadsky S.p.a. c/ Istituto Nazionale per il Commercio Estero*, aff. 63/74, Rec. p. 281 ; CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. 314/82, préc. ; CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. 340/87, préc. ; CJCE, *CRT France International*, aff. C-109/98, préc. ; CJCE, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-389/00, préc. ; CJCE, *Carbonati Apuani*, aff. C-72/03, préc.

³¹³ *Steamship Co. v. Portwardens*, 73 U.S. 32, préc. (à propos d'une taxe fixe perçue sur tous les navires entrant dans un port, qu'un service soit ou non fourni en contrepartie).

³¹⁴ *Clyde Mallory Lines*, 296 U.S. 261, préc. (à propos d'une taxe levée en contrepartie des services de pilotage et de sécurité fournis par la direction d'un port).

³¹⁵ CJCE, *Commission c/ Allemagne*, aff. 18/87, préc. En l'espèce, la Cour a estimé qu'une redevance prélevée par l'Allemagne et destinée à couvrir les frais de contrôles, effectués en vertu d'une directive, d'animaux importés vivants, était conforme à ces exigences. V. également CJCE, 25 janvier 1977, *Bauhuis*, aff. 46/76, Rec. p. 5.

³¹⁶ V. par ex. CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. 314/82, préc. ; CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. 340/87, préc.

³¹⁷ CJCE, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. 89/76, préc.

³¹⁸ CJCE, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. 89/76, préc., pt 14.

des droits prélevés à l'occasion d'importations de marchandises non produites dans l'Union ou d'exportations vers des pays tiers.

§2. L'interdiction des droits de douane et taxes d'effet équivalent sur les marchandises en provenance ou à destination de pays tiers

70. L'interdiction des droits de douane entre les Etats membres est complétée par un transfert total de compétences à l'Union en ce qui concerne la politique douanière à l'égard des pays tiers. Ce second volet caractérise, au-delà d'un simple espace de libre-échange³¹⁹, l'Union douanière et s'avère nécessaire si l'on veut « *éviter tout détournement de trafic dans les rapports avec [les] pays [tiers] et toute distorsion dans la libre circulation interne, ou dans les conditions de concurrence* »³²⁰. En Europe, l'Union douanière est réalisée depuis le 1^{er} juillet 1968³²¹, date de l'entrée en vigueur du tarif douanier commun³²². Aux Etats-Unis, *l'import-export clause* de la Constitution a eu pour effet de substituer totalement la compétence fédérale à celle des Etats fédérés. Outre le transfert de compétences et des recettes qui en découlent³²³, l'Union douanière s'est matérialisée par une disparition des contrôles douaniers entre Etats membres et une fédéralisation ou communautarisation des formalités douanières aux frontières³²⁴.

71. La compétence exclusive de l'union implique que les Etats ne sont pas en droit d'introduire unilatéralement dans leurs législations des droits de douane ou taxes d'effets équivalents sur les produits directement importés de pays tiers. Dans l'Union européenne, ce

³¹⁹ Selon l'article XXIV 8 b) des accords du GATT, une zone de libre-échange se définit en effet comme « *un groupe de deux ou plusieurs territoires douaniers entre lesquels les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives [...] sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux portant les produits originaires des territoires constitutifs de la zone de libre-échange* ».

³²⁰ CJCE, 13 décembre 1973, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders c/ Indiamex e.a.*, aff. jtes 37 et 38/73, *Rec. p.* 1609, pt 9.

³²¹ Soit deux ans et demi avant l'échéance prévue initialement par le traité CEE.

³²² Les dispositions relatives à l'Union douanière ont été complétées par l'introduction, dans le traité d'Amsterdam de l'article 135 CE (devenu 33 TFUE), relatif à la coopération douanière et qui prévoit un renforcement de celle-ci.

³²³ Les droits de douane sont perçus par l'administration fédérale aux Etats-Unis. Dans l'Union européenne, ils constituent la première des ressources propres alimentant le budget.

³²⁴ Dans l'UE, les administrations douanières, chargées de mettre en œuvre le droit communautaire, demeurent cependant nationales.

principe relève à la fois des articles 28 et 30 TFUE, mais également de l'article 207 TFUE relatif à la politique commerciale commune³²⁵. En revanche, en ce qui concerne les taxes existantes avant la mise en place du tarif douanier commun, la Cour de justice a jugé qu'il ne relevait pas de son office d'apprécier de telles charges. Il revient en effet, selon elle, au législateur communautaire d'adopter des mesures visant à leur suppression ou à leur uniformisation³²⁶, ce que les institutions ont d'ailleurs progressivement entrepris³²⁷.

72. Aux Etats-Unis, aux termes de l'*import-export clause*, tout droit prélevé sur les produits importés d'Etats tiers ou exportés à l'extérieur des Etats-Unis est interdit³²⁸. L'interdiction concerne aussi bien les taxes portant directement sur les marchandises que les taxes visant les activités des importateurs ou exportateurs³²⁹. La jurisprudence de la Cour Suprême a cependant évolué à l'égard des taxes couvertes par l'*import-export clause*.

La Cour a, dans un premier temps, jugé que les marchandises destinées à être exportées à l'extérieur de l'Union ou importées d'Etats tiers échappaient à tout droit, tant qu'elles demeuraient dans leur « emballage d'origine ». Dès lors qu'elles étaient sorties de leur emballage, vendues ou utilisées, elles se trouvaient, selon la Cour, « mélangées » avec les autres marchandises, de telle sorte qu'elles pouvaient faire l'objet de prélèvements fiscaux³³⁰, sous réserve de leur caractère non discriminatoire³³¹. Cette règle, connue sous le nom d'« *original package doctrine* », permettait notamment de protéger les marchandises en transit³³² et conférait une immunité fiscale temporaire aux produits en provenance ou à destination de l'étranger.

³²⁵ V. par ex. CJCE, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders* aff. jtes 37 et 38/73, préc., pt 18 ; CJCE, *CRT France International*, aff. C-109/98, préc.

³²⁶ CJCE, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders* aff. jtes 37 et 38/73, préc., pts 19-20.

³²⁷ V. à ce propos M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., pp. 301 et s.

³²⁸ V. not. *Low v. Austin*, 80 U.S. (13 Wall.) 29 (1871).

³²⁹ V. *Brown v. Maryland*, 25 U.S. 419, préc. (inconstitutionnalité d'une taxe payée par les importateurs pour obtenir une licence d'importation).

³³⁰ *Brown v. Maryland*, 25 U.S., préc., pp. 441-442.

³³¹ V. *Cook v. Pennsylvania*, 97 U.S. 566 (1878), arrêt dans lequel la Cour condamne une taxe discriminatoire sur la vente aux enchères de marchandises importées d'Etats tiers.

³³² V. not. *The licence Cases*, 46 U.S., préc., pp. 575-576. Il convient de relever que cette doctrine ne s'est pas seulement appliquée en matière fiscale mais a servi, pendant un temps, de critère d'appréciation de toutes les réglementations commerciales étatiques. C'est ainsi que les Etats qui interdisaient, avant l'adoption du 18^{ème} amendement qui instaura la prohibition, la vente et la consommation d'alcool sur leur territoire, ne pouvaient cependant pas interdire l'importation directe par les consommateurs (v. *Rhodes v. Iowa*, 170 U.S. 412 (1898) ; *Vance v. Vandercook*, 170 U.S. 438, préc.).

Simple d'apparence, la règle était, en pratique, délicate à mettre en œuvre³³³. C'est pourquoi, la Cour est revenue sur cette jurisprudence³³⁴ et, dans un arrêt de 1976, a établi de nouveaux critères d'applicabilité de l'*import-export clause*³³⁵. Se fondant sur une lecture téléologique de la Constitution, la Cour a jugé qu'une taxe était non conforme à la clause lorsqu'elle portait atteinte à l'une des trois finalités de celle-ci, c'est-à-dire : garantir que le gouvernement fédéral parle d'une seule voix en matière de relations commerciales avec les gouvernements étrangers ; assurer au gouvernement fédéral les recettes provenant des droits de douane sur les importations³³⁶ ; maintenir l'harmonie entre les Etats en évitant que les Etats côtiers ne lèvent des taxes sur les marchandises arrivant dans leurs ports³³⁷.

S'il est certain, pour la Cour, qu'une taxe, dont le fait générateur est l'origine étrangère de la marchandise³³⁸ ou portant sur des produits en transit³³⁹, contrevient à ces objectifs, tel n'est pas le cas en revanche d'un impôt non discriminatoire, même dans l'hypothèse où il est calculé sur des marchandises se trouvant toujours dans leur emballage d'origine³⁴⁰. En effet, « [l'] *import-export clause* interdit clairement une taxe étatique fondée sur l'origine étrangère des marchandises importées, mais elle ne peut être interprétée comme accordant aux marchandises importées un traitement préférentiel, qui leur permettrait d'échapper à une taxe uniforme imposée sans considération de l'origine étrangère [...]. Il n'y aucune raison que les contribuables locaux financent [eux-mêmes] les services utilisés par l'importateur »³⁴¹.

C'est à l'aune de la triple finalité exposée dans l'arrêt *Michelin Tire Corp.* que les juges de Washington ont continué, par la suite, à apprécier les atteintes alléguées à l'*import-export*

³³³ V. à ce propos v. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 1161.

³³⁴ V. not. *Whitfield v. Ohio*, 297 U.S. 431, 440 (1936).

³³⁵ *Michelin Tire Corp. v. Wages*, 423 U.S. 276 (1976) (à propos d'une taxe non discriminatoire sur le patrimoine appliquée à des produits importés de France et du Canada).

³³⁶ Ce second objectif ne vaut que dans le contexte de taxes à l'importation puisque l'article I, section 9, cl. 5 interdit au Congrès de prélever des taxes sur les exportations vers l'étranger. Saisie d'une taxe sur l'exportation de marchandises vers l'étranger, la Cour ne l'examinera donc qu'à l'aune du 1^{er} et du 3^{ème} objectif (v. *Department of Revenue v. Stevedoring Assn.*, 435 U.S. 734, 758 (1978)).

³³⁷ *Michelin Tire Corp.*, 23 U.S., préc., pp. 285-286. V. à ce propos, M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., pp. 282-283.

³³⁸ *Michelin Tire Corp.*, 23 U.S., préc., p. 287.

³³⁹ *Michelin Tire Corp.*, 23 U.S., préc., p. 290. Plus généralement, v. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 1163.

³⁴⁰ *Michelin Tire Corp.*, 23 U.S., préc., pp. 297-298.

³⁴¹ *Michelin Tire Corp.*, 23 U.S., préc., pp. 287-289.

*clause*³⁴². Le nouveau critère a conduit à divers revirements de jurisprudence³⁴³ et, depuis 1976, seules les charges discriminatoires sont interdites³⁴⁴, à l'exception des taxes sur les produits en transit, interdites, quelle que soit leur nature.

Par ailleurs, cette réorientation jurisprudentielle a réduit l'autonomie de la clause, les conditions de mise en œuvre étant substantiellement les mêmes que celles de la *foreign commerce clause*. La *foreign commerce clause* confie au Congrès la compétence en matière de commerce international. A l'instar de l'*interstate commerce clause*, elle a été interprétée comme interdisant les entraves, tarifaires ou non tarifaires, à l'importation et à l'exportation³⁴⁵. Dans son arrêt *Japan Line, Ltd.* de 1979³⁴⁶ la Cour a condamné, sur le fondement de cette clause et non sur celui de l'*import-export clause*, une taxe californienne sur le patrimoine frappant des conteneurs japonais séjournant temporairement dans les ports de l'Etat. Dès lors, ainsi que l'a relevé M. DE WOLF, « il reste sans doute très peu d'hypothèses qui seraient visées par l'import-export clause sans tomber dans le champ de la foreign commerce clause »³⁴⁷.

73. La jurisprudence issue de l'arrêt *Michelin Tire Corp.* peut, selon nous, être comparée à la distinction opérée par la Cour de justice entre régime d'imposition intérieure et taxe d'effet équivalent. Si les produits importés de pays tiers ne peuvent être soumis à des taxes d'effet équivalent, ils demeurent, en revanche, assujettis aux impositions intérieures des Etats. A la différence de la Cour Suprême, toutefois, la Cour de justice a estimé qu'une imposition intérieure discriminatoire à l'égard des produits importés d'Etats tiers ne relevait pas des

³⁴² V. par ex. *Stevedoring Assn.*, 435 U.S. 734, préc. ; *Limbach v. Hooven & Allison Co.*, 466 U.S. 353 (1984) (à propos d'une taxe sur le patrimoine d'une entreprise important des fibres) ; *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Durham County*, 479 U.S. 130 (1986) (à propos d'une taxe sur le patrimoine d'une entreprise fabriquant des produits du tabac à partir, notamment, de feuilles de tabac importées).

³⁴³ *Joseph v. Carter & Weeks Stevedoring Co.*, 330 U.S. 422 (1947) (renversé par *Stevedoring Assn.*, 435 U.S. 734, préc.) ; *Hooven & Allison Co. v. Evatt*, 324 U.S. 652 (1945) (renversé par *Hooven & Allison Co.*, 466 U.S. 353, préc.).

³⁴⁴ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 1163 ; M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., p. 283. Les mesures étatiques doivent également se conformer à la législation fédérale. Ainsi l'adoption, par le Congrès, d'un régime douanier permettant à des produits importés d'être réexportés en franchise de droits de douane préempte toute mesure étatique visant à taxer ces marchandises (v. *Xerox Corp. v. County of Harris*, 459 U.S. 145 (1982)). Sur la préemption, v. 2^{ème} partie, titre 1, chapitre 1, *infra*.

³⁴⁵ Sur les conditions de mise en œuvre de la *foreign commerce clause*, v. section 2, § 2, A, *infra*.

³⁴⁶ *Japan Line, Ltd. v. County of Los Angeles*, 441 U.S. 434 (1979).

³⁴⁷ M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., p. 284. V. également L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., pp. 1161 et s.

dispositions du traité³⁴⁸. Aux Etats-Unis, une telle imposition échappe à l'interdiction édictée par l'*import-export clause*, lorsqu'elle n'affecte aucune des trois finalités de la clause. Toutefois, elle est susceptible d'être condamnée en tant que violation de la *dormant commerce clause*³⁴⁹.

74. En vertu des jurisprudences américaine, d'une part, et communautaire, d'autre part, les Etats ont perdu toute compétence douanière aussi bien à l'égard des autres Etats de l'Union que des Etats tiers³⁵⁰. Il revient aux seules institutions fédérales et communautaires de définir la politique douanière, ce qui contribue, indubitablement, à l'établissement et au renforcement de leur marché intérieur.

75. Il convient, cependant, de relever une dernière divergence entre le droit américain et le droit communautaire, concernant le régime douanier des exportations. Alors que la Constitution américaine interdit formellement au Congrès de lever des droits de douane sur les exportations³⁵¹, la législation communautaire n'exclut pas une telle éventualité. L'article 161, §1 du code des douanes communautaire prévoit en effet que « [l']exportation comporte l'application des formalités prévues pour ladite sortie, y compris des mesures de politique commerciale et, le cas échéant, des droits à l'exportation ». En pratique cependant, la réglementation tarifaire ne prévoit aucun droit à l'exportation³⁵², de telle sorte que les systèmes américains et communautaires se rejoignent sur ce point.

76. Au-delà des particularismes des jurisprudences américaine et communautaire, d'importantes analogies apparaissent dans les principes appliqués à l'égard des taxes d'effet équivalent à des droits de douane. Instrument typique du protectionnisme économique, de telles taxes sont strictement interdites entre les Etats et échappent à la compétence étatique.

³⁴⁸ V. section 2, § 2, A, *infra*.

³⁴⁹ Une taxe doit toujours remplir les quatre conditions de l'arrêt *Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*, 430 U.S. 274 (1977) parmi lesquelles figure le principe de non discrimination (v. section 2, § 2, A, *infra*).

³⁵⁰ Rappelons toutefois que l'exécution de la politique douanière demeure du ressort des administrations nationales dans l'Union européenne.

³⁵¹ Article 1, Section 9, cl. 5 : « *Ni taxes, ni droits ne seront levés sur les articles exportés d'un Etat quelconque* ». Pour de plus amples développements sur cette disposition, v. E. M. JENSEN, "The Export Clause", *Fla. Tax. Rev.*, vol. 6, 2003, p. 1).

³⁵² C. SOULARD, « Union douanière – Régimes douaniers et destinations douanières », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 503, 2006, pt 142.

Section 2 – Une interdiction commune des discriminations

77. Aux Etats-Unis, comme dans l'Union européenne, l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur exigent de la part des Etats le respect d'une exigence minimale d'égalité de traitement. Certes, le principe de non-discrimination ne constitue pas toujours le critère explicite d'application des dispositions relatives aux libertés de circulation. Néanmoins, même lorsqu'il n'apparaît pas expressément dans le traité, sa violation conduit invariablement à la qualification d'entrave de la mesure litigieuse. Comme l'a relevé l'avocat général BOT, « [e]n ce qui concerne [...] les mesures opérant une discrimination ouverte, l'entrave au commerce intracommunautaire est évidente »³⁵³. La règle est la même aux Etats-Unis, l'existence d'une discrimination étant, pour reprendre les termes du professeur DAY, « fatale en pratique »³⁵⁴. Il en résulte que les mesures discriminatoires sont interdites *per se* tant par la Cour de justice que par la Cour Suprême³⁵⁵.

78. Le principe de non-discrimination joue, tout d'abord, un rôle central dans la jurisprudence des juridictions américaines³⁵⁶. S'il procède explicitement de la *Privilege and Immunities clause* de l'article IV, section 2 de la Constitution américaine ainsi que du 14^{ème} amendement, qui garantissent aux citoyens l'égalité de traitement, il constitue également, selon le juge, la principale obligation découlant de la *dormant commerce clause*. La Cour Suprême a, en effet, constamment affirmé que cette dernière disposition « *prohibe toute discrimination entre le commerce interétatique, quelle que soit sa méthode ou sa forme* »³⁵⁷.

³⁵³ V. pt 115 des conclusions de l'avocat général BOT sous l'arrêt CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, préc. Dans le même sens, v. V. S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999, spéc. p. 47.

³⁵⁴ D. DAY, "The Expanded Concept of Facial Discrimination in the Dormant Commerce Clause Doctrine", *Creighton L. Rev.*, vol. 40, 2007, p. 497, spéc. p. 498, n. 3.

³⁵⁵ Il existe néanmoins quelques exceptions à cette règle. A ce propos, v. le titre 2 de la seconde partie de la thèse, *infra*.

³⁵⁶ V. de manière générale J. SCHMIDT, « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique », *RIDC*, n° 1, 1987, p. 43.

³⁵⁷ *South Carolina State Highway Department v. Barnwell Bros., Inc.*, 303 U.S. 177, 185 (1938). Le principe trouve ses racines dans les arrêts *Woodruff*, 75 U.S. 123, préc., et *Welton*, 91 U.S. 275, préc. Il est à relever que certains auteurs contestent tout contrôle des réglementations étatiques au regard de la clause de commerce, y compris les mesures discriminatoires, d'une part parce que la Constitution ne contiendrait aucune interdiction explicite en la matière et, d'autre part, parce que les vices prétendus de la discrimination dans le domaine économique ne seraient pas démontrés (v. L. HEINZERLING, "The Commercial Constitution", préc., pp. 234-251 et *contra*, N. R. WILLIAMS, "Why Congress May Not 'Overrule' The Dormant Commerce Clause", *UCLA L. Rev.*, vol. 53, 2005, p. 153, spéc. p. 198).

Dès lors, « *toute disparité dans de traitement des intérêts étatiques et intérêts non étatiques – qu'il s'agisse des entreprises, des utilisateurs ou des produits – constitue une discrimination* »³⁵⁸. On relèvera, qu'à l'instar de la Cour de justice, la Cour Suprême vise non seulement l'égalité entre les producteurs et fournisseurs de marchandises et services, mais également entre les consommateurs³⁵⁹.

79. Dans le TFUE, le critère de la discrimination apparaît expressément aux articles relatifs à la libre circulation des personnes et à la liberté d'établissement³⁶⁰. En revanche, il ne constitue pas un « élément définitionnel »³⁶¹ de l'entrave en matière de libre circulation des marchandises et revêt une fonction ambiguë dans le cadre de la libre prestation de services.

80. Concernant la libre circulation des marchandises, l'article 34 TFUE emploie l'expression « mesure d'effet équivalent [à des restrictions quantitatives] » qui apparaît neutre au regard du concept de discrimination et concentre l'analyse sur les effets de la mesure, qui doivent être équivalents à ceux d'une restriction quantitative. Autrement dit, la mesure doit avoir pour effet de « *faire obstacle, en tout ou partie, à la réalisation d'importations ou d'exportations qui auraient pu s'effectuer en l'absence de ces restrictions* »³⁶². Toutefois, les discriminations à l'égard des produits importés, en ce qu'elles sont évidemment susceptibles de produire un tel effet restrictif, sont toujours interdites³⁶³.

81. Les dispositions relatives à la libre prestation de services sont plus équivoques dans la mesure où l'article 56 al. 1 TFUE ne fait pas de la discrimination son « critère de

³⁵⁸ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., pp. 1059-1060.

³⁵⁹ Aux Etats-Unis, v. par ex. *Brown-Forman Distillers Corp. v. New York State Liquor Auth.*, 476 U.S. 573, 580 (1986) ; *Camps Newfound*, 520 U.S., préc., pp. 577-578 ; dans l'UE, v. par ex., CJCE, *Luisi et Carbone*, aff. 286/82 et 26/83, préc., pt 16.

³⁶⁰ Article 45, §2 : « [La libre circulation des travailleurs] implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres [...] » ; article 49, 2^{ème} phrase : « La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, [...], dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants [...] » ; article 55 : « Les États membres accordent le traitement national en ce qui concerne la participation financière des ressortissants des autres États membres au capital des sociétés au sens de l'article 54 [...] ».

³⁶¹ R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2003, p. 395.

³⁶² A. MATTERA, « La libre circulation des marchandises et les articles 30 à 36 du traité CEE », préc., p. 506.

³⁶³ V. l'article 2, §§ 1 et 2 de la directive 70/50/CEE, préc. La Cour de justice a confirmé dans sa jurisprudence l'interdiction des mesures discriminatoires à l'égard des produits importés (v. par ex. CJCE, 8 juillet 1975, *Rewe-Zentralfinanz c/ Landwirtschaftskammer Bonn*, aff. 4/75, Rec. p. 843, pt 3. V. également CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, préc., pt 34).

transgression »³⁶⁴. Toutefois, l'article 57 TFUE exige des Etats « d'accueil » l'application du principe du traitement national³⁶⁵ aux prestataires non établis sur leur territoire. La libre prestation de services implique donc également une exigence minimale d'élimination des discriminations.

82. Si le concept d'entrave dépasse, aujourd'hui, celui de la discrimination, de manière certaine dans l'Union européenne, de manière plus contestée aux Etats-Unis³⁶⁶, il apparaît que la discrimination est toujours interdite et constitue ainsi le dénominateur commun tant des dispositions du TFUE que de la Constitution américaine. Aussi ce principe est-il un critère suffisant mais non nécessaire de qualification de l'entrave.

83. Avant d'envisager la manière dont le principe de non-discrimination a été appliqué dans les nombreux domaines couverts par le marché intérieur, tant en matière de libre circulation des marchandises (§2), qu'en matière de libre circulation des personnes (§3), il convient de s'arrêter sur la définition de celui-ci (§1).

§1. Une définition similaire de la discrimination

84. En première analyse, le terme « discrimination » désigne une inégalité de traitement³⁶⁷. Cette définition est cependant insuffisante pour caractériser véritablement la discrimination, étant à la fois trop large et trop restreinte³⁶⁸.

Il règne, à cet égard, une certaine ambiguïté. Pour la doctrine et la jurisprudence communautaires, inégalité de traitement et discrimination ne sont pas synonymes³⁶⁹. En revanche, la jurisprudence fédérale américaine semble parfois assimiler les deux concepts,

³⁶⁴ V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, n° 2, 1998, p. 191, *spéc.* pp. 215-216.

³⁶⁵ Le principe du traitement national est le « *standard selon lequel un Etat doit accorder à ses partenaires et à leurs ressortissants les mêmes droits et avantages qu'il reconnaît à ses propres ressortissants* » (D. NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 6ème éd., LGDJ, 1999, p. 1065).

³⁶⁶ V. à ce propos, le titre 2 de la présente partie, *infra*.

³⁶⁷ V. en ce sens aux Etats-Unis : *Oregon Waste Sys., Inc. v. Department of Env'tl. Quality*, 511 U.S. 93, 99 (1994) ; dans l'UE : CJCE, 17 décembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson*, aff. 14/59, *Rec.* p. 445, *spéc.* p. 475.

³⁶⁸ V. en ce sens, le pt 44 des conclusions de l'avocate générale SHARPSTON sous l'arrêt CJCE, 23 septembre 2008, *Bartsch*, aff. C-427/06, *Rec.* p. I-7245.

³⁶⁹ V. par ex. CJCE, 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke*, aff. 17/61, *Rec.* p. 615, *spéc.* p. 652.

notamment dans le cadre du contentieux relatif à l'*Equal Protection clause*³⁷⁰. Les différences terminologiques n'empêchent toutefois pas de dégager une conception commune de la discrimination en ce qui concerne spécifiquement le marché intérieur et les dispositions s'y rapportant.

La définition est trop large, tout d'abord, dans la mesure où toute inégalité de traitement n'est pas interdite. Certains critères de distinction employés pour réaliser cette inégalité sont juridiquement acceptés. En effet, « *les différenciations sont à la fois inhérentes et nécessaires au bon fonctionnement des règles d'une économie de marché. Par exemple, lorsque des transactions ne sont pas comparables, les prix pratiqués par les entreprises sont en principe différents* »³⁷¹. Aussi, l'inégalité de traitement n'aboutit-elle à une discrimination que si elle repose sur un critère de distinction interdit.

La définition est trop restreinte, ensuite, car un traitement similaire peut conduire à une discrimination lorsqu'il est appliqué à des situations différentes. En effet, selon un principe bien établi, « *le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à une absence de discrimination [...] la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes* »³⁷². Le principe de non discrimination implique donc une double interdiction : celle de distinguer certaines situations similaires, d'une part, et celle de traiter similairement des situations distinctes, d'autre part³⁷³. Cette dernière hypothèse étant toutefois plus rare dans la jurisprudence³⁷⁴, l'analyse se concentrera essentiellement sur l'inégalité de traitement de situations comparables.

³⁷⁰ V. par ex. *Allied Stores of Ohio v. Bowers*, 358 U.S. 522, 527 (1959).

³⁷¹ R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, op. cit., p. 255. V. également, en ce sens, V. également J. SCHMIDT, « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême... », préc., p. 83.

³⁷² CJCE, 17 juillet 1963, *Commission c/ Italie*, aff. 13/63, Rec. p. 335. Nous n'avons pas trouvé une telle conceptualisation de la discrimination dans la jurisprudence de la Cour Suprême, celle-ci semblant plutôt appréhender les deux hypothèses (traitement différent de situations similaires et traitement similaire de situations différentes) au travers du concept unique de l'effet discriminatoire (v. *Nippert v. Richmond*, 327 U.S. 416 (1946)). Il est néanmoins certains que les juridictions condamnent également le traitement similaire de situations dissemblables lorsque ce traitement défavorise en pratique les opérateurs interétatiques (*Nippert*, 327 U.S., préc., pp. 430-433 ; *Evansville-Vanderburgh Airport Auth. Dist. v. Delta Airlines, Inc.*, 405 U.S. 707, 717 (1972)).

³⁷³ V. not. E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, 2006, p. 19.

³⁷⁴ R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, op. cit., p. 266. V. par ex., CJCE, 9 mars 1976, *Effem GmbH*, aff. 95/75, Rec. p. 361 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, Rec. p. I-11613 ; CJCE, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05, préc. Aux Etats-Unis, v. par ex., *Nippert*, 327 U.S. 416, préc. ; *American Trucking Ass'ns, Inc. v. Schineier*, 483 U.S. 266 (1987).

85. L'identification d'une discrimination suppose donc une analyse en deux étapes. Dans un premier temps, il convient d'établir la comparabilité des situations puisque celles-ci doivent être similaires (A) ; puis, dans un second temps, il importe d'examiner si une différence de traitement fondée sur un critère interdit apparaît³⁷⁵ (B). Cette dernière étape permet de distinguer différentes catégories de discriminations selon que la mesure est directement ou indirectement fondée sur le critère interdit (C). Si la réunion des deux critères suffit à qualifier une mesure de discriminatoire ; elle ne suffit pas, en revanche, à conclure à la violation des règles du traité ou de la Constitution américaine. En effet, en vue de garantir la libre circulation, le droit communautaire, comme le droit américain, ne cherche pas à assurer un traitement parfaitement égalitaire de deux situations mais vise à éviter que l'élément étranger (la marchandise, la personne, le service) ne soit défavorisé par rapport à l'élément étatique. Autrement dit, seule une des deux situations comparées est protégée. Le traitement défavorable de l'élément étatique, s'il viole le principe d'égalité, n'entre pas dans le champ d'application des dispositions relatives aux libertés de circulation. Il en résulte l'apparition de discriminations à rebours (D).

A. La comparabilité des situations

86. La question de la comparabilité des situations ne fait débat que dans un nombre limité d'hypothèses. En effet, dans la plupart des affaires, la comparabilité semble présumée et n'est donc pas discutée par les juridictions³⁷⁶. Ceci est encore plus vrai aux Etats-Unis où la Cour

³⁷⁵ Ces deux étapes ne sont toutefois pas en pratique totalement autonomes ni successives. La première phase de l'analyse est en effet étroitement liée à la seconde, puisque la comparabilité des situations dépend en partie du critère de distinction choisi. C'est pourquoi, certains pensent que les deux questions se confondent en pratique. V. pour une explication de cette approche, G. DAVIES, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer Law International, 2003, p. 13. V. également l'analyse de J. Y. QIN qui déduit la comparabilité des situations du caractère injustifié de la mesure (c'est à dire fondée sur un critère de différenciation interdit) (J. Y. QIN, "Defining Non-discrimination Under the Law of the World Trade Organisation", *U. Int'l L.J.*, vol. 23, 2005, p. 215, *spéc.* p. 225 et s.).

³⁷⁶ V. à ce propos P. F. McGREAL, "The flawed Economics of the Dormant Commerce Clause", *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 39, 1998, p. 1191, *spéc.* p. 1195 ; D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2006, p. 530. Selon D. MARTIN, la CJUE ne discute généralement cette question que lorsqu'elle ne souhaite pas conclure à l'existence d'une discrimination. Cette présomption de comparabilité contraste avec la « jurisprudence » de l'organe d'appel de l'OMC qui consacre souvent de longs développements à la question de la comparabilité (v. D. WILSHER, "Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market", *ELRev.*, vol. 33, 2008, p. 3, *spéc.* p. 10 et J. Y. QIN, "Defining Non-discrimination...", *préc.*, p. 219 ; D. LUFF, *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critiques*, Bruylant, L.G.D.J., 2004, pp. 44-52).

Suprême ne distingue pas clairement ce qui relève respectivement de la non comparabilité des situations et de la justification de la différence de traitement et tend à envisager la question de la discrimination essentiellement sous l'angle de la justification³⁷⁷. Toutefois, elle a pu relever dans certains arrêts que la « *notion de discrimination suppose une comparaison d'entités substantiellement similaires* »³⁷⁸ et exclure, sur ce fondement, l'existence d'une discrimination³⁷⁹.

87. Théoriquement, la définition de la similarité est délicate³⁸⁰. La comparabilité ne s'identifie, en effet, pas à l'identité³⁸¹ qui, dans l'absolu, n'existe pas³⁸². Comme le relève le professeur HERNU, « *les situations de droit ne sont jamais en tout point identiques* »³⁸³. Se fondant sur l'analyse de M. VANQUICKENBORNE, il précise que « *deux objets sont considérés comme étant les mêmes « parce qu'ils sont identiques sous un certain rapport. Ils ont une ou n caractéristiques en commun [...] » [...] Dès lors, la comparaison, aussi objective soit-elle, présente un caractère relatif qui apparaît dans la préférence accordée à la similarité ou la singularité de situations prises dans la totalité de leurs éléments* »³⁸⁴.

88. La question de la similitude est d'autant plus relative qu'elle dépend non seulement des caractéristiques intrinsèques des situations comparées mais également du contexte dans lequel sont examinées ces situations et du critère distinctif choisi³⁸⁵. Ainsi, une distinction opérée sur le fondement de l'origine nationale permet plus facilement, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, de conclure à la comparabilité des situations, qu'une distinction fondée sur la résidence³⁸⁶. De même, la pertinence du critère choisi en tant que

³⁷⁷ v. par ex. *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456, préc.

³⁷⁸ *General Motors Corp.*, 519 U.S., préc., p. 298. V. également en ce sens *Ford Motor Co. v. Texas Department of Transportation*, 264 F.3d 493 (5th Cir. 2001).

³⁷⁹ v. par ex. *United Haulers Assn.*, 550 U.S. 330, préc.

³⁸⁰ V. à ce propos, D. WILSHER, "Does Keck discrimination make any sense?...", préc., pp. 4 et s.

³⁸¹ V. en ce sens, CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ France*, aff. 168/78, *Rec.* p. 347, pt 5.

³⁸² V. en ce sens, G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, *op. cit.*, p. 9 ; K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *CDE* 1991, p. 3, *spéc.* pp. 9-10. V. également les conclusions de l'avocat général MAZÁK présentées le 9 décembre 2010 sous l'affaire C-253/06 *Commission c/ Hongrie*, pt 44.

³⁸³ R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, *op. cit.*, p. 316.

³⁸⁴ R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, *op. cit.*, pp. 316-317. Le professeur HERNU cite ici M. VANQUICKENBORNE, « La structure de l'égalité en droit », *L'Egalité*, vol. 1, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 176.

³⁸⁵ V. en ce sens, J. Y. QIN, "Defining Non-discrimination...", préc., p. 223.

³⁸⁶ V. *infra*. §3 de la présente section.

critère de comparaison varie selon le domaine dans lequel intervient la réglementation. Pour reprendre l'exemple du critère de la résidence, un non-résident et un résident seront considérés comme étant dans une situation similaire dans certains domaines mais non dans d'autres. Au regard de la fiscalité, leur situation est similaire lorsque le non-résident perçoit une certaine part de ses revenus sur le territoire de l'Etat. Au regard de certaines prestations sociales, en revanche, le non-résident ne peut revendiquer la similitude de sa situation avec le résident³⁸⁷. Les critères permettant d'établir la similitude des situations ne peuvent donc être définis de manière générale et abstraite et leur identification varie en fonction de chaque cas d'espèce, la seule exigence commune étant le caractère objectif de ces critères³⁸⁸.

89. Dans bien des situations, la similarité apparaît si évidente qu'elle n'est pas discutée. Toutefois, il est des domaines où la détermination de la comparabilité des situations s'est révélée délicate. Tel est le cas, en particulier, du domaine de la fiscalité, directe et indirecte, pour lequel les juridictions ont dû établir des critères permettant de déterminer si les situations traitées différemment étaient comparables.

90. C'est en matière d'impositions intérieures que la CJUE a sans doute le plus développé les critères de comparabilité, employant un raisonnement analogue à celui utilisé en droit de la concurrence pour identifier le marché en cause³⁸⁹. Sont similaires, des produits qui « *au même stade de production ou de commercialisation, présentent au regard des consommateurs des propriétés analogues ou répondent aux mêmes besoins* »³⁹⁰. Il convient donc de rechercher si les produits sont, au regard des consommateurs, substituables, en se fondant, notamment, sur leurs caractéristiques, leurs procédés de fabrication, leur utilisation, et les besoins auxquels ils répondent³⁹¹. En revanche, on ne saurait, selon la Cour, se référer aux seules « *habitudes de consommation existant dans un Etat membre ou dans une région déterminée* », ces habitudes ne pouvant « *être considérées comme une donnée immuable* ». En

³⁸⁷ V. *infra*, §3, B, 2 de la présente section.

³⁸⁸ V. par ex. D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire...*, *op. cit.*, p. 39.

³⁸⁹ V. par ex., CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. 27/76, *Rec.* p. 207, pts 10-12 ; TPICE, 8 juin 1995, *Schöller c/ Commission*, aff. T-9/93, *Rec.* p. II-1611, pt 40.

³⁹⁰ CJCE, 17 février 1976, *Rewe c/ Hauptzollamt Landau*, aff. 45/75, *Rec.* p. 181 ; CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 170/78, *Rec.* p. 417, pt 14. Avant de se référer au consommateur, la Cour établissait le rapport de similitude en se fondant sur « *la classification fiscale, douanière et statistique* » (v. CJCE, 4 avril 1968, *Fink-Frucht c/ Hauptzollamt München*, aff. 27/67, *Rec.* p. 327, *spéc.* p. 342). Ce critère est devenu par la suite « *un élément d'appréciation important* » (CJCE, *Rewe*, aff. 45/75, *préc.* pt 12). Pour une synthèse des critères servant à établir la similitude des marchandises, v. not. D. BERLIN, *Droit fiscal communautaire*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1988, pp. 134-140.

³⁹¹ V. par ex. CJCE, 15 juillet 1982, *COGIS*, aff. 216/81, *Rec.* p. 2701, pt 8.

outre, la prise en compte d'un tel critère permettrait de « *cristalliser des habitudes de consommation données en vue de stabiliser un avantage acquis par les industries nationales [...]* »³⁹².

Il ressort de la jurisprudence de la Cour en ce domaine qu'une comparabilité suffisante doit être établie mais non une identité rigoureuse des marchandises³⁹³. Ainsi, selon le professeur BERLIN, « *l'article [110], § 1, n'exige pas l'identité des produits, ni même leur parité. La notion de similitude impliquerait plutôt l'idée d'un parallèle qui, se contentant d'un rapport apparent, n'est ni aussi naturel, ni aussi rigoureux que doit l'être la parfaite comparaison* »³⁹⁴. Ont été ainsi qualifiées de marchandises similaires les cigarettes brunes et les cigarettes blondes³⁹⁵.

Ces nuances et la variété des critères employés impliquent des appréciations économiques et de fait approfondies. La question de la comparabilité est donc parfois longuement analysée dans la jurisprudence communautaire³⁹⁶. La Cour Suprême a, semble-t-il, été plus souple et laconique en la matière, puisqu'elle se contente, pour établir la discrimination, d'un rapport de concurrence entre les produits, rapport dont elle discute rarement la teneur³⁹⁷.

91. En matière de fiscalité directe, il a souvent été reproché, aux Etats-Unis comme dans l'Union européenne, aux Etats d'opérer une distinction entre les résidents et les non résidents. Or, une telle distinction serait discriminatoire en ce qu'elle défavoriserait majoritairement les ressortissants des autres Etats. Un tel raisonnement présuppose, toutefois, que les résidents et les non résidents sont dans la même situation. Or, comme l'a relevé la Cour de justice, « *en matière d'impôts directs, la situation des résidents et celle des non-résidents ne sont, en règle*

³⁹² CJCE, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 170/78, préc., pt 14.

³⁹³ V. par ex. CJCE, 11 août 1995, *Rodgers e.a.*, aff. jtes C-367 à 377/93, *Rec. p. I-2229*.

³⁹⁴ D. BERLIN, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., p. 133.

³⁹⁵ CJCE, 27 février 2002, *Commission c/ France*, aff. C-302/00, *Rec. p. I-2055*.

³⁹⁶ V. CJCE, *Commission c/ France*, aff. 168/78, préc. ; CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ Italie*, aff. 169/78, *Rec. p. 385* ; CJCE, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 170/78, préc. Néanmoins, la Cour élude parfois la question en examinant la réglementation en cause sous l'angle de l'article 110 TFUE pris dans sa globalité et non sous le seul angle de son 1^{er} paragraphe (v. à ce propos, M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., p. 156, note 170).

³⁹⁷ V. cependant *General Motors Corp.*, 519 U.S. 278, préc. (longs développements sur la similitude des fournisseurs de gaz bénéficiant d'un monopole pour la distribution aux consommateurs individuels et des fournisseurs intervenant sur le marché ouvert, amenant la Cour à distinguer plusieurs marchés) ; *Bacchus Imports Ltd. v. Dias*, 468 U.S. 263, 268 et s. (1984) (les vins d'ananas et d'okolehao sont en concurrence avec les autres alcools. Une mesure fiscale favorisant ces deux liqueurs, produites localement, est donc discriminatoire).

générale, pas comparables »³⁹⁸. En effet, contrairement au résident, « le revenu perçu sur le territoire d'un Etat par un non-résident ne constitue le plus souvent qu'une partie de son revenu global »³⁹⁹. Très souvent, ce dernier perçoit également des revenus dans son Etat de résidence. Il est donc susceptible d'être imposé dans plusieurs Etats, en particulier dans son Etat de résidence qui le fera bénéficier des avantages fiscaux prévus par sa législation. Il ne se trouve ainsi pas dans une situation comparable au contribuable qui ne tire de revenus que de son seul Etat de résidence. C'est pourquoi, « le fait pour un Etat membre de ne pas faire bénéficier un non-résident de certains avantages fiscaux qu'il accorde au résident n'est, en règle générale pas discriminatoire [...] »⁴⁰⁰. Concrètement, la comparabilité dépend de l'importance des revenus du contribuable dans son Etat d'emploi. Si le contribuable non résident y perçoit plus de 90% de ses revenus, il doit être soumis au même traitement que les résidents, en raison de la comparabilité de sa situation avec celle des résidents. En revanche, si les revenus sont inférieurs à 90%, les situations ne sont généralement plus considérées comme comparables⁴⁰¹. Des exceptions à cette règle ont toutefois été admises eu égard à la spécificité de certaines dispositions fiscales⁴⁰².

Aux Etats-Unis, la Cour Suprême a également estimé qu'un Etat n'était pas dans l'obligation d'attribuer aux non résidents l'ensemble des déductions accordées aux résidents. Son raisonnement aboutit sensiblement au même résultat que celui employé par la Cour de justice, même s'il se fonde davantage sur la justification de la mesure que sur la qualification de

³⁹⁸ CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, aff. C-279/93, *Rec.* p. I-225, pt 31.

³⁹⁹ CJCE, *Schumacker*, aff. C-279/93, préc., pt 32. V. également, CJCE, 27 juin 1996, *Asscher*, aff. C-107/94, *Rec.* p. I-3089, pt 41 : « la situation des résidents et celle des non-résidents dans un Etat donné ne sont, en règle générale, pas comparables, car elles présentent des différences objectives tant du point de vue de la source du revenu que de la capacité contributive personnelle ou de la prise en compte de la situation personnelle et familiale ».

⁴⁰⁰ CJCE, *Schumacker*, aff. C-279/93, préc., pt 34. Il convient de relever que l'article 65, paragraphe 1, a) TFUE, relatif à la libre circulation des capitaux, autorise expressément les Etats à « appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis ». L'applicabilité de cette disposition dépend entièrement de la non-comparabilité des situations. V. à ce propos, CJUE, 25 octobre 2012, *Commission c/ Belgique*, aff. C-387/11 (non encore publié au recueil), pts 41 et s.

⁴⁰¹ V., par ex., CJCE, 14 septembre 1999, *Gschwind*, aff. C-391/97, *Rec.* p. I-5451.

⁴⁰² V. par ex., CJCE, 12 juin 2003, *Gerritse*, aff. C-234/01, *Rec.* p. I-5933 ; CJCE, 6 juillet 2006, *Robert Hans Conijn c/ Finanzamt Hamburg-Nord*, aff. C-346/04, *Rec.* p. I-6137. La Commission pour sa part a adopté une recommandation fixant le seuil à 75% des revenus imposables (recommandation n° 94/79 du 21 décembre 1993 relative à l'imposition de certains revenus obtenus par les non-résidents dans un Etat membre autre que celui de la résidence, *JOCE* 1994, n° L39/22). V. à ce propos A. MAITROT de la MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire...*, op. cit., p. 154.

discrimination⁴⁰³. Ainsi dans l'arrêt *Lunding* de 1998, la Cour Suprême a déclaré contraire à la *Privileges or Immunities clause* du 14^{ème} amendement de la Constitution une réglementation new-yorkaise excluant toute déductibilité des dépenses personnelles pour les non résidents. Qualifiant la mesure de discriminatoire, elle a conclu qu'elle n'était pas fondée sur une « justification substantielle » ou « une explication rationnelle »⁴⁰⁴.

De manière générale la compétence fiscale des Etats s'exerce sur l'ensemble des revenus de leurs résidents, tandis que seule une partie des revenus des non-résidents relève de cette compétence. Cette différence de situations justifie que les Etats n'appliquent pas un principe de stricte égalité entre résidents et non résidents⁴⁰⁵. Ainsi, ils peuvent limiter les avantages fiscaux qu'ils attribuent aux revenus générés sur leur territoire⁴⁰⁶. Cette hypothèse d'« inégalités » fiscales fondées sur la résidence montre clairement que la détermination de la similitude des situations dépend à la fois du critère de distinction choisi – ici la résidence – et du contexte dans lequel les situations sont comparées – ici la fiscalité.

92. La question de la comparabilité s'est également posée dans le contexte de mesures étatiques favorisant des entreprises publiques par rapport aux autres entreprises. Dans l'Union européenne, les entreprises publiques ne peuvent, par principe, faire l'objet d'un traitement de faveur de la part des Etats⁴⁰⁷, sauf à démontrer la nécessité de ce traitement au regard de certains objectifs légitimes⁴⁰⁸. La Cour de justice considère donc que les entreprises publiques et les entreprises privées se trouvent dans une situation comparable et que toute différence de

⁴⁰³ V. *Lunding v. New York Tax Appeals Tribunal*, 522 U.S. 287, 298 (1998).

⁴⁰⁴ V. p. 303 de l'arrêt.

⁴⁰⁵ *Shaffer v. Carter*, 252 U.S. 37, 57 (1920) ; *Travis v. Yale & Towne Mfg. Co.*, 252 U.S. 60 (1920).

⁴⁰⁶ *Travis v. Yale & Towne Mfg. Co.*, 252 U.S. 60, préc.

⁴⁰⁷ Aux termes de l'article 345 TFUE, « [l]es traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ». Toutefois, selon la jurisprudence constante de la CJUE, « ledit article n'a pas pour effet de faire échapper les régimes de propriété existant dans les Etats membres aux règles fondamentales du traité [...] notamment celles de non-discrimination, de liberté d'établissement et de liberté des mouvements de capitaux » (CJUE, 8 novembre 2012, *Commission c/ Grèce*, aff. C-244/11 (non encore publié au recueil), pts 15-16).

⁴⁰⁸ V. notamment l'article 106 TFUE : « 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus. 2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ». Cette question ne sera pas développée dans le présent travail et il est renvoyé, notamment, aux ouvrages suivants : A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002 ; J.-V. LOUIS et S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006.

traitement entre elles est, *a priori*, discriminatoire. Au contraire, la Cour Suprême a, dans des arrêts récents, jugé que les entreprises publiques et les entreprises privées ne se trouvaient pas dans une situation similaire, notamment en raison des objectifs non exclusivement économiques poursuivies par les premières. Aussi, a-t-elle pu considérer qu'une mesure favorisant une entreprise publique n'était pas discriminatoire, l'ensemble des critères de qualification de la discrimination n'étant pas réuni⁴⁰⁹. Cette jurisprudence, en ce qu'elle conduit, en théorie, à immuniser une catégorie large de traitements différentiels, a été vivement débattue⁴¹⁰.

93. Ces exemples révèlent que la question de la comparabilité est, en pratique, délicate à résoudre. Etroitement liée aux faits d'espèce, elle est souvent discutable⁴¹¹. Aussi, la doctrine a pu reprocher tant à la Cour de justice qu'à la Cour Suprême, de « *ne pas avoir donné un contenu suffisant à la notion de « similitude » des situations [...]. L'échec des juridictions d'articuler des standards clairs [...] a conduit à une incertitude juridique significative [...]* »⁴¹².

B. Le critère interdit

94. Une fois la comparabilité des situations établies, il convient de démontrer que l'inégalité de traitement repose sur un critère interdit. En droit communautaire et en droit américain, de nombreuses hypothèses de traitements inégalitaires constituent des discriminations, les critères interdits étant variés. Ainsi, les discriminations fondées sur le sexe ou sur la race sont prohibées⁴¹³.

Si l'on se place dans la perspective du marché intérieur, deux critères de différenciation apparaissent particulièrement contraires à la réalisation de l'intégration. Il s'agit du critère de

⁴⁰⁹ V. *United Haulers Assn*, 550 U.S., préc., p. 342. Cette distinction entre le secteur public et le secteur privé apparaît également dans l'arrêt *Department of Revenue of Kentucky v. G.W. Davies*, 553 U.S. 328 (2008). Pour de plus amples développements sur cette jurisprudence, v. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, §2, B, *infra*.

⁴¹⁰ V. not. N. R. WILLIAMS and B. P. DENNING, "The "New Protectionism"...", préc., pp. 272 et s.

⁴¹¹ V. not. l'opinion dissidente du juge SCALIA sous l'arrêt *Camps Newfound*, 520 U.S., préc., pp. 603 et s.

⁴¹² V. par ex. R. MASON, "Common Markets, Common Tax Problems", *Fla. Tax Rev.*, vol. 8, 2007, p. 599, *spéc.* p. 606.

⁴¹³ Dans l'UE, v. l'article 19 TFUE. Aux Etats-Unis, ce type de discriminations relève du 14^{ème} amendement.

la nationalité⁴¹⁴, d'une part, et du critère de la résidence, d'autre part, ce second critère constituant le complément naturel du premier dans la lutte contre le protectionnisme. En effet, l'abolition des frontières intérieures suppose, en principe, l'interdiction de toute réglementation différenciant les opérateurs économiques en fonction de leur origine – nationalité – ou de leur lieu de résidence⁴¹⁵.

95. Le premier de ces critères figure à plusieurs reprises dans le TFUE. Aux dispositions spécifiques s'ajoute une interdiction générale, l'article 18 TFUE prohibant « *dans le domaine d'application du [...] traité, [...] toute discrimination exercée en raison de la nationalité* ».

Transposée aux Etats-Unis, la question du critère interdit se pose en termes sensiblement différents en ce qui concerne les personnes. La nationalité désignant la citoyenneté américaine, on ne peut parler de discrimination fondée sur la nationalité puisqu'il n'existe qu'une catégorie de nationaux⁴¹⁶. En revanche, il arrive que les Etats opèrent une distinction entre leurs résidents et les résidents d'autres Etats ; de même qu'ils distinguent les entreprises établies sur leurs territoires et les autres entreprises ou encore appliquent une réglementation différente aux produits non fabriqués ou commercialisés sur leur territoire. De telles discriminations sont assimilables, ou du moins comparables, aux discriminations fondées sur la nationalité que l'on retrouve dans l'Union européenne.

96. Le critère de la résidence apparaît également, en tant que tel, dans l'ordre juridique communautaire. Son statut est équivoque, car, contrairement à la nationalité, il n'est que partiellement visé comme critère discriminant dans le TFUE. Il en résulte qu'une distinction fondée sur la résidence peut être qualifiée diversement, selon la liberté de circulation en cause. Tantôt il s'agira d'une discrimination directe dans la mesure où le traité interdit explicitement les différences de traitement à raison de la résidence, comme c'est le cas de

⁴¹⁴ *Stricto sensu* le concept de nationalité ne peut se rattacher qu'aux personnes physiques. L'origine des marchandises (c'est-à-dire leur lieu de fabrication) et le siège social des entreprises jouent toutefois le même rôle que la nationalité : ils servent « à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un Etat » (CJCE, 28 janvier 1986, *Commission c/ République française* (« avoir fiscal »), aff. 270/83, *Rec.* p. 273, point 18, à propos du siège statutaire des entreprises). C'est pourquoi, on emploiera le terme générique de « nationalité » pour désigner l'ensemble de ces critères. Pour une position comparable, v. G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, *op. cit.*, p. 60.

⁴¹⁵ V. en ce sens, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 1059-1060.

⁴¹⁶ Sur le concept de citoyenneté aux Etats-Unis et dans l'UE, v. introduction.

l'article 61 TFUE⁴¹⁷ ; tantôt il s'agira d'une discrimination indirecte, à défaut de mention explicite dans le texte, comme c'est le cas des articles 45 et 49 TFUE⁴¹⁸. Dans cette dernière hypothèse, une distinction fondée sur la résidence n'est, en principe, sanctionnée, en tant que discrimination, que s'il est démontré qu'elle affecte plus particulièrement les étrangers⁴¹⁹, autrement dit, qu'elle produit les mêmes effets qu'une discrimination fondée sur la nationalité. Relevons, toutefois, que cet effet est le plus souvent présumé : selon la Cour de justice, « [...] *une réglementation nationale [...] qui prévoit une distinction fondée sur le critère de la résidence [...] risque de jouer principalement au détriment des ressortissants d'autres Etats membres. En effet, les non-résidents sont le plus souvent des non nationaux* »⁴²⁰.

97. Si le critère de l'origine étatique et de la résidence constituent des critères de discrimination communs aux Etats-Unis et dans l'Union européenne, d'autres critères, en revanche, sont spécifiques au droit de l'UE ou au droit américain.

Une partie de la doctrine communautaire a ainsi suggéré un troisième critère de distinction apparemment absent de la jurisprudence et la doctrine américaines : le critère de la circulation ou de la mobilité. Seraient condamnées en tant que mesures discriminatoires, contraires aux dispositions du traité, les réglementations qui défavoriseraient le facteur migrant par rapport au facteur sédentaire⁴²¹. Ce critère, outre qu'il trouve un écho certain dans la jurisprudence de

⁴¹⁷ Article 61 TFUE : « *Aussi longtemps que les restrictions à la libre prestation des services ne sont pas supprimées, chacun des Etats membres les applique sans distinction de nationalité ou de résidence à tous les prestataires de services visés à l'article 49, premier alinéa* » (nous soulignons). V. en ce sens, CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, *Rec.* p. 1420, pt 10. Certains actes de droit dérivé interdisent également, de manière expresse, les discriminations fondées sur la résidence (v. par ex. l'article 10 du règlement 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 323, p. 38), remplacé par l'article 7 du règlement 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 166, p. 1)).

⁴¹⁸ Sur le concept de discrimination indirecte, v. *infra*. C, du présent §.

⁴¹⁹ V. par ex., CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73, *Rec.* p. 153, pt 11 ; CJCE, 6 novembre 1984, *Fearon c/ Irish Land Commission*, aff. 183/83, *Rec.* p. 3677.

⁴²⁰ CJCE, *Schumacker*, aff. C-279/93, préc., pt 28. V. également CJCE, 16 janvier 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-388/01, *Rec.* p. I-721 et les critiques exprimées à cet égard par le professeur DAVIES (G. DAVIES, "Any Place I Hang My Hat ? or Residence is the New Nationality", *E.L.J.*, vol. 11, 2005, p. 43).

⁴²¹ V. par ex, B. KOTSCHY, « Le « test discrimination » dans les libertés fondamentales – retour en arrière ou concept systématique bien ciblé ? Quelques réflexions à propos des arrêts « Hartmann » et « Geven » », *RDUE*, n° 1, 2008, p. 117 ; S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, *op. cit.*, pp. 208-214, 218-233 ; R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, *op. cit.*, p. 324.

la Cour de justice⁴²² et les conclusions de certains avocats généraux⁴²³, présente l'avantage d'expliquer, de manière systématique, une partie des entraves relevées par la juridiction communautaire⁴²⁴.

98. Ce critère supplémentaire soulève à plusieurs titres des interrogations et appelle, à ce stade, trois remarques.

En premier lieu, il ne figure pas dans le traité et ne peut être assimilé à une discrimination indirecte sur le fondement de la nationalité⁴²⁵. En effet, s'il peut aboutir à défavoriser les non nationaux, ce n'est pas une conséquence systématique⁴²⁶.

En second lieu, les mesures nationales ne sont jamais assises explicitement sur un tel critère⁴²⁷. Il ne s'agit donc pas de mesures discriminatoires dans leur contenu mais seulement dans leurs effets. Aussi, les hypothèses réglementaires susceptibles d'aboutir à une telle discrimination, sont diverses⁴²⁸. Deux catégories de situations peuvent selon nous être distinguées à cet égard, correspondant, pour la première, à des entraves à l'entrée sur le territoire d'un Etat et, pour la seconde, à des entraves à la sortie. S'il est possible d'expliquer l'existence d'une entrave dans ces deux catégories de situations en recourant au critère de la discrimination entre « sédentaires » et « circulants », il nous semble que ce critère n'est jamais nécessaire à la démonstration. Autrement dit, d'autres critères peuvent toujours justifier la qualification d'entrave. La première de ces situations concerne les hypothèses de

⁴²² V. par ex. CJCE, 6 février 2003, *Stylianikis*, aff. C-92/01, *Rec.* p. I-1291 ; CJCE, 5 décembre 2006, *Cipolla*, aff. C-94/04, *Rec.* p. I-11421 ; CJCE, 11 juin 2009, *X et Passenheim-van Schoot*, aff. jtes C-155 et 157/08, *Rec.* p. I-5093.

⁴²³ Notamment l'ancien avocat général POIARES MADURO. V. par ex. ses conclusions sous l'arrêt CJCE, *recouvrement extrajudiciaire de créances*, aff. C-134/05, *préc.*, pt 6 : les libertés de circulation « *ont vocation à appréhender [...] toute mesure nationale aboutissant à traiter les situations transnationales de manière moins favorable que les situations purement nationales. [...] conformément à la logique du marché intérieur, il s'agit de poursuivre les discriminations commises à l'exercice de la liberté de circulation* ».

⁴²⁴ En particulier dans le domaine de la libre circulation des personnes. V. *infra* §3 du présent chapitre et chapitre 2 du présent titre.

⁴²⁵ V. en ce sens D. MARTIN, « Libre circulation des travailleurs », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 601, 2007, pt 47.

⁴²⁶ P. GARONNE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE*, n° 3, 1994, p. 425, *spéc.* p. 436. Par ex., une mesure nationale supprimant un avantage social en cas de migration défavorise le migrant par rapport au sédentaire mais non l'étranger par rapport au national. V. chapitre 2 du présent titre, *infra*.

⁴²⁷ Il n'existe pas dans la jurisprudence d'exemple où une réglementation distinguerait explicitement le facteur sédentaire du facteur circulant (plus concrètement, en matière de libre circulation des personnes, une mesure qui s'appliquerait exclusivement aux personnes n'ayant jamais fait usage de leur liberté de circulation).

⁴²⁸ V. à ce propos les conclusions *préc.* de M. POIARES MADURO (CJCE, *recouvrement extrajudiciaire de créances*, aff. C-134/05, pt 7)

« double charge »⁴²⁹ : un produit ou un service étant déjà soumis à une réglementation dans son Etat d'origine, il ne saurait être soumis à une réglementation différente dans l'Etat d'accueil, sous peine d'être désavantagé par rapport au produit / service sédentaire⁴³⁰. Il est donc loisible de discerner, dans ce type de situations, une discrimination fondée sur l'exercice de la liberté de circulation⁴³¹. Cette approche a eu pour corollaire l'énonciation du principe de reconnaissance mutuelle : l'Etat membre d'accueil doit accepter sur son territoire les produits ou services légalement fabriqués ou fournis dans l'Etat membre d'origine, sauf s'il démontre que les objectifs, légitimes, poursuivis par sa réglementation, ne sont pas adéquatement protégés dans le premier Etat⁴³². Si l'analyse en termes de discrimination fournit une explication du principe posé par la Cour, elle n'est cependant aucunement nécessaire à la démonstration de l'entrave⁴³³. La seconde situation a trait aux entraves à la sortie, définies comme toute mesure dissuadant un producteur d'exporter ses marchandises ou un ressortissant communautaire d'exercer son activité dans un autre Etat que son Etat d'origine. Le critère traditionnel de la nationalité ne permet pas d'appréhender de telles entraves qui, par essence, affectent essentiellement des nationaux. S'il suffit, à notre sens, de démontrer que la mesure dissuade l'intéressé d'exercer son droit à la libre circulation, il est également possible d'alléguer une différence de traitement entre le sédentaire et le migrant. Ainsi, les mesures subordonnant l'octroi d'un avantage social à la résidence sur le territoire national, défavorisent en pratique les personnes ayant fait usage ou voulant faire usage de leur liberté de circulation⁴³⁴.

En aboutissant à une forme de généralisation, l'emploi d'un tel critère conduit inévitablement à la dilution de la distinction entre mesures discriminatoires et mesures non discriminatoires, ce qui peut paraître problématique, compte tenu de la différence de régimes entre les deux

⁴²⁹ V. not. E. SPAVENTA, "From Gebhard to Carpenter...", préc., pp. 745 et s. Sur la théorie de la double charge, v. titre 2, chapitre 2, section 1 de la présente partie, *infra*.

⁴³⁰ Ne serait-ce que parce que, théoriquement, l'adaptation à la réglementation de l'Etat d'accueil augmente les coûts de production. Par ailleurs, elle peut conduire l'opérateur économique à renoncer à l'exportation de son produit ou à la fourniture transfrontalière de son service, ce qui a pour effet d'offrir un avantage concurrentiel aux produits ou service de l'Etat potentiel d'accueil.

⁴³¹ On peut également identifier une discrimination matérielle : puisque les produits ou prestataires de services se trouvent dans des situations différentes, l'un n'étant soumis qu'à une seule réglementation, l'autre à plusieurs réglementations, ils devraient faire l'objet d'un traitement différencié.

⁴³² Sur le principe de reconnaissance mutuelle : v. titre 2, chapitre 2, section 1 de la présente partie, *infra*.

⁴³³ V. à ce propos titre 2, chapitre 2, section 1, §1, A, 2, de la présente partie, *infra*.

⁴³⁴ V. par ex. CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, aff. C-192/05, *Rec.* p. I-10451. V. *infra*, chapitre 2 du présent titre.

catégories de mesures⁴³⁵.

De ce constat, s'ensuit la troisième et dernière remarque : ce critère est ambigu puisqu'il repose sur la démonstration d'un traitement défavorable alors que la Cour, depuis l'arrêt *Cassis de Dijon*⁴³⁶, n'a eu de cesse de s'éloigner d'une analyse en termes de discrimination⁴³⁷. S'ajoutant à plusieurs autres critères de qualification de l'entrave – discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence, double charge, accès au marché⁴³⁸ –, le critère paraît surabondant et conduit à une analyse finalement superflue.

C. Le polymorphisme de la discrimination

99. Si, dans les deux unions, la liste des critères discriminatoires n'est pas fermée, au regard du marché intérieur, deux critères participent incontestablement au fractionnement du marché : le critère de la nationalité (ou de l'origine) et celui de la résidence, dans certaines hypothèses⁴³⁹. Dès lors qu'une mesure opère, dans son contenu même, une distinction sur le fondement d'un de ces critères, elle est qualifiée de discrimination directe en droit de l'UE⁴⁴⁰ et de « *facially discriminatory* » aux Etats-Unis⁴⁴¹. Dans les deux cas, on parlera également de discrimination en droit. De telles discriminations sont facilement décelables sur « *la base d'analyses purement juridiques* »⁴⁴², c'est-à-dire « *indépendamment même de l'application*

⁴³⁵ V., à ce propos, 2^{ème} partie, titre 2, section 2, §2, A, *infra*.

⁴³⁶ CJCE, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, préc.

⁴³⁷ V. en ce sens, C. BARNARD, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, OUP, Oxford, 2004, *spéc.* pp. 273 et s. La Cour de justice a progressivement étendu aux autres libertés de circulation le principe d'interdiction des entraves non discriminatoires : v. par ex. en matière de services, CJCE, 25 juillet 1991, *Säger c/ Dennemeyer*, aff. C-76/90, *Rec.* p. I-4221 ; en matière d'établissement CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec.* p. I-1663 (en l'espèce une réglementation allemande opérait une distinction entre les diplômes allemands et les diplômes obtenus à l'étranger. Il aurait été loisible à la Cour d'identifier une discrimination indirecte – ce que fait d'ailleurs l'avocat général VAN GERVEN dans ses conclusions sous cette affaire – ou une discrimination à l'égard des personnes ayant fait usage de leur droit à la libre circulation. Elle se place au contraire sur le terrain de l'entrave non discriminatoire).

⁴³⁸ V. à ce propos, le titre 2 de la présente partie, *infra*.

⁴³⁹ V. B du présent §, *supra*.

⁴⁴⁰ V. à ce propos, K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire... », préc., p. 12.

⁴⁴¹ V. à ce propos D. COENEN, *The Commerce Clause*, *op. cit.*, pp. 224 et s. ; M. A. LAWRENCE, "Toward a more coherent dormant clause: a proposed unitary framework", *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, vol. 21, 1998, p. 395, *spéc.* p. 416 et s. ; B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", préc., p. 498.

⁴⁴² V. CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c/ SABENA* (« *Defrenne II* »), aff. 43/75, *Rec.* p. 455, pt 21. V., dans un sens similaire aux Etats-Unis, *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S., préc., p. 415.

dont la réglementation va faire l'objet »⁴⁴³.

100. La simple interdiction des mesures directement discriminatoires ou « *facially discriminatory* » apparaît, cependant, insuffisante pour garantir une égalité de traitement effective⁴⁴⁴ et réaliser le marché intérieur. En effet, de nombreuses mesures, sans être distinctement applicables sur le fondement de ces critères, peuvent aboutir en pratique à défavoriser les importations ainsi que l'exercice d'activités économiques par des opérateurs non nationaux ou non résidents. Elles produisent dès lors un effet discriminatoire et sont qualifiées de discriminations indirectes dans l'Union européenne⁴⁴⁵ et de « *discriminatory in effect* » aux Etats-Unis⁴⁴⁶. Elles sont à ce titre également interdites⁴⁴⁷.

101. Etant indistinctement applicables dans leur contenu, de telles mesures nécessitent une analyse plus approfondie que celle effectuée à l'égard des discriminations en droit. Elles impliquent un examen des effets concrets afin d'établir leur impact différencié sur les groupes en présence⁴⁴⁸. Par ailleurs, leur nature duale – elles sont à la fois indistinctement applicables dans leur contenu et discriminatoires dans leurs effets – suscite des difficultés de qualification que les juridictions ne semblent pas avoir définitivement tranchées puisqu'elles optent tantôt pour la première des qualifications tantôt pour la seconde⁴⁴⁹. Or, la qualification est décisive

⁴⁴³ O. de SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalité : le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, 1999, p. 14.

⁴⁴⁴ V. par ex. dans l'UE, CJCE, *Sotgiu*, aff. 152/73, préc., pt 11.

⁴⁴⁵ V. P. GARONNE, « La discrimination indirecte en droit communautaire... », préc., pp. 425-426 : une discrimination indirecte est caractérisée lorsque « *les membres d'un groupe protégé contre l'emploi d'un critère prohibé sont proportionnellement plus nombreux à être touchés par une mesure que les membres d'autres groupes* ».

⁴⁴⁶ V., à ce propos, W. F. TWYMAN, Jr., "Beyond Purpose...", préc., pp. 431 et s. V. également *National Paint & Coating v. City of Chicago*, 45 F.3d 1124 (7th Cir. 1995). La Cour d'appel établit une distinction entre le « *disparate treatment* » (équivalent de la discrimination directe) et le « *disparate impact* » (équivalent de l'effet discriminatoire). Le principe est le même concernant la *Privileges and Immunities clause* (v. par ex. *Chalker v. Birmingham & Northwestern R. Co.*, 249 U.S. 522 (1919)).

⁴⁴⁷ En matière de marchandises, v. par ex. l'arrêt de la Cour Suprême : *Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333, préc., et celui de la Cour de justice : CJCE, 10 juillet 1980, *Commission c/ France* (« *Publicité pour l'alcool* »), aff. 152/78, *Rec.* p. 2299.

⁴⁴⁸ V., à ce propos, D. DAY, "The Expanded Concept of Facial Discrimination...", préc., p. 513 et G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁴⁹ Dans l'UE, v. nos développements dans la 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, §2, *infra*. Ce phénomène peut également être observé dans la jurisprudence de la Cour Suprême : celle-ci a tantôt qualifié de discriminatoires des mesures indistinctement applicables dans leur forme mais discriminatoires dans leurs effets (v. par ex. *Seelig*, 294 U.S. 511, préc.), tantôt retenu la qualification de "*evenhanded measures*" (indistinctement applicables) pour de telles mesures (*Pike*, 397 U.S. 137, préc.).

en ce qu'elle détermine le test appliqué aux Etats-Unis – les mesures discriminatoires sont soumises à un test de stricte proportionnalité, tandis que les mesures indistinctement applicables font l'objet d'un *balancing test*, c'est-à-dire d'un contrôle souple de proportionnalité⁴⁵⁰ – et les justifications admissibles dans l'Union européenne – seules les dérogations du traité étant, en principe, invocables pour justifier une mesure discriminatoire⁴⁵¹.

102. Outre les hésitations jurisprudentielles quant à la qualification des mesures produisant un effet discriminatoire, cette catégorie suscite également des difficultés de preuve. A cet égard, les exigences américaines et communautaires diffèrent, l'examen des effets semblant prendre une forme atténuée dans la jurisprudence communautaire. Aux Etats-Unis, la victime prétendue de la discrimination indirecte doit démontrer concrètement le traitement défavorable⁴⁵². Dans l'Union européenne, en revanche, il suffit de démontrer le risque de traitement défavorable. La Cour de justice reconnaît, en effet, l'entrave potentielle et, en conséquence, la discrimination potentielle. Ainsi, a-t-elle affirmé, dans plusieurs arrêts relatifs à la libre circulation des personnes, qu' « *une disposition de droit national doit être regardée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers. Il n'est pas nécessaire de constater que la disposition en cause affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants. Il suffit de constater que cette disposition est susceptible de produire un tel effet* »⁴⁵³.

Cette divergence dans le degré de preuve à apporter s'explique probablement par la dimension plus subjective de la notion d'entrave aux Etats-Unis. Centrée sur l'intention protectionniste du législateur étatique, difficile à démontrer, le juge américain présume cette intention lorsque l'objet ou l'effet discriminatoire ne fait aucun doute. Dans le cas contraire, il revient à la

⁴⁵⁰ V. à ce propos, 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, §1, A, *infra*.

⁴⁵¹ V. à ce propos, 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, §2, *infra*.

⁴⁵² V. en ce sens K. LACKHOFF, "Restrictions on state interference with commerce in the U.S.A. and the EC", *Colum. J. Eur. L.*, vol 2, 1996, p. 313, *spéc.* p. 321.

⁴⁵³ CJCE, 12 septembre 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-278/94, *Rec.* p. I-4307, pt 20. V. dans le même sens, CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries*, aff. C-18/93, *Rec.* p. I-1783, pt 34 ; CJCE, 13 janvier 2000, *TK-Heimdienst*, aff. C-254/98, *Rec.* p. I-151, pt 27 ; CJCE, 11 septembre 2008, *Commission c/Allemagne*, aff. C-141/07, *Rec.* p. I-6935, pts 38-39. V. également à ce propos D. WILSHER, "Does Keck discrimination make any sense?..." , *préc.*, p. 9 et G. DAVIES, "Any Place I Hang My Hat ?..." , *préc.*, p. 43.

« victime » de la discrimination de démontrer l'intention discriminatoire du législateur étatique⁴⁵⁴. Dès lors, l'allégation d'un potentiel effet discriminatoire est insuffisante pour entraîner l'inconstitutionnalité des mesures étatiques⁴⁵⁵.

103. Contrairement aux discriminations directes, la grande variété d'hypothèses de discriminations indirectes ou de « *discrimination in effect* », rend extrêmement difficile toute tentative de recension exhaustive en la matière. Comme l'a relevé le professeur SUNSTEIN, « *la catégorie des effets discriminatoire est [une catégorie] complexe, contenant de nombreuses sous catégories. Parfois les entraves ne sont imposées qu'aux intérêts étrangers ; parfois les entraves pèsent à la fois sur les intérêts locaux et étrangers, mais la réglementation bénéficie de manière disproportionnée aux intérêts locaux ; parfois les entraves pèsent de manière disproportionnée sur les intérêts étrangers, tandis que la réglementation bénéficie à la fois aux intérêts locaux et aux intérêts étrangers* »⁴⁵⁶. Notre propos, dans les sections suivantes, se concentrera, dès lors, sur quelques exemples de mesures indirectement discriminatoires particulièrement significatives⁴⁵⁷.

104. En sus des discriminations en droit et de fait, peut être observée une dernière catégorie de discrimination, selon que l'effet discriminatoire a été recherché ou non par l'Etat. Cette distinction n'est pas formalisée dans la jurisprudence de la Cour de justice même si elle se révèle en pratique déterminante quant au résultat du contrôle puisque toute volonté de favoriser les marchandises nationales ou les ressortissants nationaux est sanctionnée⁴⁵⁸. En revanche, cette catégorie a fait l'objet d'une conceptualisation aux Etats-Unis⁴⁵⁹.

La doctrine et les juridictions américaines identifient, en effet, un troisième type de discriminations : les mesures poursuivant un objectif discriminatoire, c'est-à-dire visant à

⁴⁵⁴ *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S., préc., p. 423: « [l]orsque la discrimination n'est pas patente [...] la partie invoquant l'inconstitutionnalité a une tâche plus difficile [...] ».

⁴⁵⁵ V. par ex. *Exxon Corp.*, 437 U.S. 117, préc. ; *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456, préc. V., toutefois, *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S. 383, préc.

⁴⁵⁶ C. R. SUNSTEIN, "Protectionism, the American Supreme Court...", *op. cit.*, p. 135. V. également B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", préc., pp. 499 et s.

⁴⁵⁷ Pour une étude plus approfondie, nous renvoyons à l'étude de P. GARRONE consacrée à ce sujet : P. GARONNE, « La discrimination indirecte en droit communautaire... », préc., pp. 428 et s.

⁴⁵⁸ V. à ce propos, 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, §1, *infra*.

⁴⁵⁹ Sur le rôle de l'intention dans l'analyse des discriminations, v. J. SCHMIDT, « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême... », préc., pp. 63 et s.

favoriser les productions ou les opérateurs étatiques⁴⁶⁰. En ce sens, cette catégorie se confond avec le protectionnisme, lequel a lui-même été défini comme un objectif⁴⁶¹. Pour certains auteurs, le contrôle de la Cour Suprême viserait exclusivement à détecter cette forme de discrimination⁴⁶². Aussi, l'objet ou l'effet discriminatoire ne serait une cause d'inconstitutionnalité que s'il accompagne une volonté protectionniste. Pour d'autres, en revanche, seul l'effet serait déterminant, de telle sorte que l'intention ne jouerait qu'un rôle secondaire⁴⁶³. La jurisprudence de la Cour Suprême ne permet pas de trancher clairement cette controverse. Il est cependant vrai qu'elle accorde, dans la plupart de ses décisions, une grande attention à l'objectif poursuivi par le législateur étatique et condamne vigoureusement toute mesure visant à avantager les marchandises ou les ressortissants étatiques⁴⁶⁴.

L'expression « discrimination déguisée » apparaît, quant à elle, dans la doctrine communautaire pour désigner les mesures indirectement discriminatoires dont l'effet a été recherché par l'auteur de la mesure⁴⁶⁵. Cette catégorie est toutefois plus étroite que la catégorie américaine qui ne préjuge pas du caractère directement ou indirectement discriminatoire de la mesure⁴⁶⁶.

⁴⁶⁰ Concernant la jurisprudence, v. par ex. *Clover Leaf Creamery Co.*, 49 U.S., préc., p. 471 ; *Bacchus Imports Ltd.*, 468 U.S., préc., p. 270 ; *Smithfield Foods, Inc. v. Miller*, 367 F.3d 1061 (8th Cir. 2004). Concernant la doctrine, v. par ex., D. COENEN, *The Commerce Clause*, op. cit., pp. 224 et s. ; D. DAY, "The Expanded Concept of Facial Discrimination...", préc., p. 502 ; M. A. LAWRENCE, "Toward a more coherent dormant clause...", préc., p. 395. Certains auteurs distinguent différents types d'objectifs discriminatoires : l'objectif protectionniste, l'objectif isolationniste et l'objectif extraterritorial (c'est-à-dire la volonté d'étendre l'applicabilité de ses réglementations au-delà des frontières nationales) (v. D. DAY, "The Expanded Concept of Facial Discrimination...", préc., p. 503 et p. 511). Nous utiliserons pour notre part indifféremment les expressions « objectif protectionniste » et « objectif discriminatoire » et les considérerons comme englobant les deux autres types d'objectifs.

⁴⁶¹ V. introduction de cette partie et de ce titre, *supra*.

⁴⁶² C'est notamment la thèse défendue par le professeur REGAN (D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", préc.). V. dans le même sens, C. GAGE O'GRADY, "Targeting State Protectionism...", préc.

⁴⁶³ V. par ex. R. D. FRIEDMAN, "Putting the Dormancy Doctrine out of its Misery", *Cardozo L. Rev.*, vol. 12, 1991, p. 1745, *spéc.* p. 1759 ; R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., p. 118.

⁴⁶⁴ V. à ce propos *United Haulers Assn.*, 550 U.S. 330, préc. Dans cet arrêt, dans lequel était contesté un monopole attribué à une entité publique pour le traitement des déchets, l'opinion majoritaire semble accorder une importance décisive au caractère non protectionniste de la mesure pour conclure à l'absence de discrimination et à la constitutionnalité de la mesure. Au contraire, l'opinion dissidente estime qu'une mesure employant des moyens discriminatoires, tels que l'octroi d'un monopole, doit être soumise à un contrôle strict, nonobstant les objectifs poursuivis.

⁴⁶⁵ V. par ex. O. de SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice... », op. cit., p. 14.

⁴⁶⁶ Une mesure poursuivant un objectif discriminatoire peut tout aussi bien prendre la forme d'une discrimination directe que d'une discrimination indirecte. Or, la discrimination déguisée désigne spécifiquement une discrimination indirecte.

Nonobstant ces nuances entre la jurisprudence communautaire et la jurisprudence américaine, l'intention discriminatoire est toujours rédhibitoire⁴⁶⁷ et ce n'est que si l'effet discriminatoire est fortuit, c'est-à-dire involontaire, que les juridictions seront enclines à faire preuve d'indulgence⁴⁶⁸.

105. Cette catégorie de mesures, fondée sur l'intention discriminatoire, ne mérite pas, à notre sens, de faire l'objet d'un examen autonome des deux autres catégories de discriminations au stade de l'identification de l'entrave. En effet, contrairement aux deux classifications précédentes – la discrimination en droit et la discrimination en fait –, la mesure poursuivant un objectif discriminatoire ne se révèle, sauf admission peu probable de l'Etat l'ayant édictée⁴⁶⁹, qu'à l'occasion de la détection d'une discrimination en droit ou en fait. Pour le dire autrement, il faut d'abord identifier une discrimination directe ou indirecte pour démontrer qu'une mesure poursuit un objectif discriminatoire⁴⁷⁰.

La discrimination en droit conduit à présumer l'intention protectionniste : en présence d'une telle discrimination, les juridictions requièrent des Etats qu'ils démontrent que la différence de traitement est en réalité justifiée par des considérations indépendantes de l'origine étatique. Il faut donc montrer que la mesure a l'apparence de la discrimination, en ce qu'elle semble opérer une différence de traitement sur le fondement d'un critère interdit, mais qu'en réalité elle n'en est pas une, étant fondée sur un critère autorisé⁴⁷¹. En revanche, le lien entre discrimination de fait et objectif discriminatoire est plus difficile à établir et impose un

⁴⁶⁷ V. par ex., *Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333, préc., et CJCE, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, préc. Dans ces deux affaires, la Cour Suprême et la Cour de justice ont employé un raisonnement similaire : elles ont, tout d'abord, observé que la mesure litigieuse avait pour effet d'empêcher l'importation de certains produits, puis, après examen des justifications avancées par les Etats, elles ont jugé que la réglementation avait en réalité une visée protectionniste.

⁴⁶⁸ V. *infra*, 2^{ème} partie, titre 2.

⁴⁶⁹ Les Etats, lorsqu'ils sont amenés à justifier une de leur mesure devant les juridictions, prétendent toujours poursuivre un objectif légitime (sauf exception où l'objectif protectionniste est admis, v. par ex. CJCE, *Buy Irish*, aff. 249/81, préc. ; *H.P. Hood and Sons*, 336 U.S. 525, préc.). Toutefois, l'examen des travaux préparatoires ou des motifs de l'acte révèle parfois l'intention protectionniste des Etats (Aux Etats-Unis, v. par ex., *Seelig*, 294 U.S. 511, préc. ; Dans l'UE, v. par ex., l'arrêt CJCE, 26 septembre 2000, *Commission c/ Autriche*, aff. C-205/98, *Rec. p. I-7367*). La Cour de justice a cependant estimé dans un arrêt de 2002 que si « [...] l'intention du législateur telle qu'elle se manifeste lors des débats politiques qui précèdent l'adoption d'une loi ou dans l'exposé de ses motifs peut constituer un indice quant au but poursuivi par ladite loi, cette intention ne peut être déterminante » (CJCE, 25 octobre 2002, *Finalarte Sociedade de Construcao Civil Lda e.a.*, aff. jtes C-49, 50/98, 52 à 54 et 68 à 71/98, *Rec. p. I-787*, pt 40).

⁴⁷⁰ Si la mesure n'est discriminatoire ni en droit ni en fait, elle n'atteint pas son objectif. Or, seule la réalisation de l'objectif permet ici de le révéler (v. en ce sens, R. D. FRIEDMAN, "Putting the Dormancy Doctrine out of its Misery", préc., p. 1759).

⁴⁷¹ V. à ce propos, 2^{ème} partie, titre 2, *infra*.

examen approfondi de la mesure litigieuse. En effet, contrairement aux discriminations en droit, les discriminations de fait peuvent se révéler involontaires. Cette difficulté a été clairement présentée par l'avocate générale STIX-HACKL dans ses conclusions l'arrêt *Lyksi* : « pour constater l'existence d'une forme déguisée de discrimination, il y a lieu de procéder à une distinction délicate pour examiner s'il s'agit d'une réglementation qui n'a que les apparences de la neutralité en ce qui concerne la nationalité, mais qui en réalité présente des caractéristiques protectionnistes en faveur de ses propres ressortissants, ou bien s'il s'agit d'une réglementation en soi neutre qui prévoit une distinction en fonction de critères objectifs, et le fait que les conditions qu'elle prévoit peuvent être plus facilement remplies par des ressortissants nationaux est une conséquence tenant à la nature des choses ou de la mesure qui procède d'une distinction légitime »⁴⁷².

106. L'objectif discriminatoire n'est donc pas en soi un critère de qualification de l'entrave et ce n'est qu'au second stade de l'analyse, c'est-à-dire au stade de l'examen des justifications, qu'il devient un élément d'appréciation pertinent des mesures litigieuses.

D. L'exclusion des discriminations à rebours

107. Les règles communautaires et américaines n'exigent pas tant un traitement neutre des situations similaires au regard des critères interdits que l'élimination de toutes réglementations susceptibles de défavoriser la circulation des marchandises, personnes ou services entre les Etats. Autrement dit, une différence de traitement n'est discriminatoire que si elle désavantage la catégorie protégée. Comme l'a souligné le professeur FALLON, « le principe de non-discrimination ne s'assimile pas à un principe d'égalité [...] son bénéfice va aux opérateurs ou produits étrangers, non aux opérateurs ou produits originaires de l'Etat qui a pris la mesure, vis-à-vis desquels une « discrimination à rebours » est tolérée »⁴⁷³. Il n'est donc pas suffisant de démontrer une différence de traitement fondée sur un critère en principe illicite pour conclure à une violation du TFUE ou de la Constitution américaine.

108. Ne relèvent ainsi pas du champ d'application des dispositions « fondamentales », les discriminations à rebours, c'est-à-dire « les situations dans lesquelles un Etat membre traite ses propres ressortissants de manière moins favorable que les ressortissants des autres Etats

⁴⁷² CJCE, 11 janvier 2007, *Lyksi*, aff. C-40/05, *Rec.* p. I-99, pt 57 des conclusions.

⁴⁷³ M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2002, *spéc.* p. 138.

membres en situation analogue »⁴⁷⁴ ou encore « les situations dans lesquelles les produits nationaux subissent un traitement défavorable par rapport aux produits importés [...] »⁴⁷⁵. La Cour de justice a ainsi jugé, dans l'affaire *Driancourt c/ Cognet*, qu'« une différence de traitement entre marchandises qui n'est pas susceptible d'entraver l'importation ou de défavoriser la commercialisation des marchandises importées ou réimportées ne relève pas de l'interdiction établies par [l']article [34 TFUE] »⁴⁷⁶.

109. En la matière, l'approche américaine est nettement moins conceptualisée que l'approche communautaire⁴⁷⁷, même si la Cour Suprême a précisé que le terme discrimination désignait, dans le cadre de la clause de commerce, une différence de traitement entre les intérêts économiques intraétatiques et extraétatiques bénéficiant aux premiers et affectant les seconds⁴⁷⁸. En conséquence, une mesure défavorisant les marchandises produites localement et destinées au marché local par rapport aux marchandises importées ne constitue pas, *a priori*, une discrimination contraire à la clause de commerce. A notre connaissance, la Cour Suprême ne s'est pas prononcée sur une telle hypothèse et, compte tenu de sa jurisprudence relativement restrictive en matière d'entrave au commerce interétatique⁴⁷⁹, il apparaît très peu probable qu'elle condamnerait, au regard de la clause de commerce, une discrimination à

⁴⁷⁴ H. TAGARAS, « Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites purement internes », in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, vol. II, Etudes de droit européen et international, Bruylant, 1999, p. 1499, *spéc.* p. 1524.

⁴⁷⁵ *Id.* Pour une définition plus générale, englobant les marchandises, services, personnes et capitaux, v. p. 1525. V. également S. D. KON, "Aspect of reverse discrimination in Community Law", *ELRev.*, vol. 2, 1981, p. 75 ; C. DENYS, « Les notions de discriminations et de discriminations à rebours suite à l'arrêt Kraus », *CDE*, n° 5-6, 1994, p. 643 ; G. GAJA, « Les discriminations à rebours : un revirement souhaitable », *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, vol. II, Etudes de droit européen et international, Bruylant Bruxelles, 1999, p. 993 ; J. DE BEYS, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? A propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *JTDE*, n° 80, 2001, p. 131 ; ainsi que les ouvrages généraux sur le principe de non-discrimination : R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, *op. cit.*, pp. 78 et s. ; S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, *op. cit.*, pp. 78 et s. ; G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, *op. cit.*, not. pp. 125 et s.

⁴⁷⁶ CJCE, 23 octobre 1986, *Driancourt c/ Cognet*, aff. 355/85, *Rec.* p. 3231, pt 10.

⁴⁷⁷ Si l'expression "reverse discrimination" apparaît fréquemment pour désigner les mesures destinées à remédier à certaines inégalités de fait, telles que les inégalités raciales (v. par ex. *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755 (1989)), en revanche, elle n'est pas, à notre connaissance, employée dans le champ couvert par la clause de commerce.

⁴⁷⁸ *Oregon Waste Sys., Inc.*, 511 U.S., *préc.*, p. 99 ; *United Haulers Assn.*, 550 U.S. 330, *préc.*

⁴⁷⁹ V. à ce propos le titre 2 de la présente partie, *infra*.

rebours⁴⁸⁰.

110. L'exclusion des discriminations à rebours du champ des interdictions ne signifie pour autant pas qu'un ressortissant ne peut jamais invoquer, à l'encontre de son propre Etat, les dispositions du traité dans l'Union européenne ou de la Constitution fédérale aux Etats-Unis.

Aux Etats-Unis, si la commerce clause n'apparaît pas invocable, les dispositions du 14^{ème} amendement, permettant de contester toute mesure discriminatoire, peuvent être utilement invoquées à l'encontre des discriminations à rebours. Cependant, le contrôle minimal exercé par la Cour Suprême en la matière obère les chances de succès d'un recours sur ce fondement⁴⁸¹. Les victimes d'une discrimination à rebours peuvent néanmoins trouver un remède dans les constitutions étatiques qui consacrent souvent un droit à l'égalité de traitement⁴⁸².

Dans l'Union européenne, il a été admis qu'un particulier puisse opposer les dispositions du traité à son propre Etat s'il démontrait que la mesure litigieuse avait pour effet de décourager l'exercice des libertés de circulation ou de défavoriser celui qui en a fait usage⁴⁸³. S'il ne peut se fonder à cet égard sur la discrimination qu'il subirait par rapport aux ressortissants des autres Etats, il lui est toujours possible de démontrer l'existence d'une entrave à son encontre⁴⁸⁴. Il est un domaine, par ailleurs, où la Cour de justice a procédé, indirectement, à l'interdiction des discriminations à rebours : celui des taxes d'effet équivalent à un droit de douane. Elle a, en effet, jugé qu'il serait incohérent, en la matière, de distinguer la taxe frappant les produits nationaux destinés au territoire national de celle frappant des produits

⁴⁸⁰ Il convient de relever que des cas de discrimination à rebours ont pu apparaître, à certaines époques, en raison des critères employés par la Cour Suprême pour apprécier les entraves au commerce interétatique. Ainsi, elle a considéré que les Etats ne pouvaient réglementer les marchandises importées tant qu'elles demeuraient dans leur emballage d'origine (« *original package doctrine* », abandonnée dans l'arrêt *Michelin Tire Corp.*, 423 U.S. 276, préc. V. à ce propos, section 1, §2, *supra*). Cette approche a posé des difficultés, en particulier dans le domaine du commerce de l'alcool, certains Etats souhaitant limiter ou interdire un tel commerce. Il résultait de la jurisprudence de la Cour Suprême que ces Etats étaient autorisés à réglementer le commerce de l'alcool produit sur leur territoire mais ne pouvaient interdire l'importation d'alcool (v. not. *Leisy v. Hardin* 135 U.S. 100 (1890)). Ce cas de discrimination à rebours s'est résolu par l'adoption, en 1890, du *Wilson Act*, le Congrès ayant autorisé les Etats à légiférer quelle que soit la provenance de l'alcool.

⁴⁸¹ V. par ex. *Allied Stores of Ohio*, 358 U.S. 522, préc. En l'espèce, l'Ohio appliquait une taxe sur les marchandises entreposées dans l'Etat tout en exemptant les marchandises appartenant aux non-résidents. La Cour a estimé que la réglementation ne violait pas l'*equal protection clause*.

⁴⁸² A ce propos, v. H. BUNGERT, "Equal Protection for Foreign and Alien Corporations: Towards Intermediate Scrutiny for a Quasi-Suspect Classification", *Mo. L. Rev.*, vol. 59, 1994, p. 569, *spéc.* p. 634.

⁴⁸³ CJCE, 7 février 1979, *Knoors c/ Secrétaire d'Etat aux affaires économiques*, aff. 115/78, *Rec.* p. 399, pt 20. V. à ce propos, B, du présent §, *supra*.

⁴⁸⁴ V. not. le chapitre 2 du présent titre, *infra*.

importés ou destinés à l'exportation⁴⁸⁵. Enfin, si les dispositions du traité ne peuvent être invoquées pour contester une situation de discrimination à rebours, le droit dérivé est, en revanche, souvent invocable. Tel est le cas par exemple de la directive 98/5/CE relative à la liberté d'établissement des avocats⁴⁸⁶ qui prévoit l'égalité de traitement et interdit, selon la Cour, aux Etats de traiter moins favorablement les avocats ayant obtenu leurs titres sur leur territoire⁴⁸⁷.

111. L'exclusion des discriminations à rebours du champ d'application des dispositions du traité a pu conduire une partie de la doctrine à regretter ce qu'elle considère comme une incohérence ou une lacune⁴⁸⁸. Il convient, néanmoins, de remarquer que les Etats ont peu d'intérêt à laisser subsister de telles situations et que, en conséquence, ils sont incités à les éliminer en alignant le régime des produits ou ressortissants nationaux sur celui des produits importés ou des ressortissants d'autres Etats. En outre, les droits nationaux – et notamment les constitutions nationales – prévoient souvent un droit à l'égalité que les ressortissants nationaux peuvent invoquer à l'encontre de telles discriminations⁴⁸⁹. De même, la Convention européenne des droits de l'homme constitue un fondement éventuel pour les victimes de discriminations à rebours⁴⁹⁰. Enfin, l'exclusion des discriminations à rebours est conforme à l'objectif des dispositions du traité qui est d'assurer la libre circulation et non une parfaite égalité de traitement⁴⁹¹. Dès lors, plus que la conséquence d'un vide juridique, la discrimination à rebours constituerait la manifestation de la répartition des compétences matérielles et juridictionnelles entre les Etats membres et l'Union européenne. On ne peut toutefois ignorer le fait que, dans l'Union européenne, à mesure de l'extension du champ d'application des libertés de circulation, la Cour de justice a fragilisé la cohérence de

⁴⁸⁵ V. par ex., CJCE, 9 août 1994, *Lancry*, aff. C-363/93, préc.

⁴⁸⁶ Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise (JO L 77, p. 36). A propos de cette directive, v. §3, B, 1, B, *infra*.

⁴⁸⁷ CJUE, 2 décembre 2010, *Jakubowska*, aff. C-225/09, *Rec.* p. I-12329, pt 31.

⁴⁸⁸ V. par ex. A. TRYFONIDOU, *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, 2009, *spéc.* pp. 127 et s.

⁴⁸⁹ Le Conseil d'Etat français a ainsi annulé, sur le fondement du principe d'égalité, un décret de 2007 qui avait pour effet de priver les architectes établis en France de l'accès à la maîtrise d'œuvre de travaux de restauration de monuments historiques, activité pourtant ouverte aux architectes établis dans les autres Etats membres (v. CE, 6 octobre 2008, *Cie des architectes des monuments historiques*, Req n° 310146).

⁴⁹⁰ CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c/ France*, n° 40892/98. A ce propos, v. D. MARTIN, « Libre circulation des travailleurs », *op. cit.*, § 46.

⁴⁹¹ V. en ce sens, D. MARTIN, « Libre circulation des travailleurs », *op. cit.*, § 55.

l'édifice⁴⁹². En effet, l'exclusion des discriminations à rebours ne se justifie que si les mesures qualifiées d'entrave affectent, en pratique, les libertés de circulation. Or, tel n'est plus systématiquement le cas⁴⁹³.

112. Le principe de non-discrimination, tel que défini par les juridictions, est donc un instrument au service des libertés de circulation. Il convient dès lors d'examiner comment il a été concrètement appliqué dans les grands domaines du marché intérieur.

§2. Principe de non discrimination et libre circulation des marchandises

113. Aux Etats-Unis, la *dormant commerce clause* a servi aussi bien à combattre les discriminations tarifaires que les discriminations non tarifaires à l'égard des marchandises importées. De manière plus anecdotique, d'autres dispositions de la Constitution, telles que la *Privileges and Immunities clause* et le 14^{ème} amendement, sont venues compléter l'arsenal juridique dont dispose le juge pour appréhender le protectionnisme économique.

Dans l'Union européenne, le principe de non discrimination ne figure, en ce qui concerne les marchandises, qu'à l'article 110 TFUE qui interdit les impositions intérieures discriminatoires ou protectionnistes. La pratique jurisprudentielle révèle, toutefois, qu'il est d'application générale dans le domaine des marchandises, que la mesure nationale soit ou non tarifaire et qu'elle concerne les importations ou les exportations. Il implique que les Etats membres ne peuvent opérer de distinction selon l'origine de la marchandise.

Les jurisprudences de la Cour Suprême des Etats-Unis et de la Cour de justice de l'Union européenne présentent d'importantes similitudes dans le domaine des réglementations non tarifaires des marchandises (B). En revanche, des spécificités plus substantielles apparaissent dans le domaine fiscal (A).

⁴⁹² Pour une critique sévère de la jurisprudence de la Cour de justice à cet égard, v. not. A. TRYFONIDOU, "In Search of the Aim of the EC Free Movement of Persons provisions: Has the Court of Justice missed the Point?", *CML Rev.*, vol. 46, 2009, p. 1591, *spéc.* pp. 1615 et s.

⁴⁹³ V. à ce propos le titre 2 de la présente partie et en particulier le chapitre 3, *infra*.

A. Non discrimination et fiscalité des marchandises

114. Élément fondamental de la souveraineté des Etats⁴⁹⁴, la fiscalité peut constituer un instrument particulièrement efficace du protectionnisme, en renchérissant le coût des marchandises importées ou en diminuant celui des marchandises nationales⁴⁹⁵. La réalisation du marché unique nécessite donc un traitement particulier des entraves fiscales, ménageant à la fois la souveraineté des Etats en matière fiscale et les nécessités de l'intégration⁴⁹⁶. En pratique, le contrôle exercé par les juridictions américaines et communautaires se limite essentiellement à l'examen du caractère non discriminatoire des réglementations fiscales étatiques (2). Au-delà de ce principe commun de non-discrimination, de nettes divergences apparaissent en la matière entre les deux Unions. En particulier, la jurisprudence américaine apparaît plus exigeante à l'égard des Etats que ne l'est la jurisprudence communautaire (1). En outre, certaines singularités caractérisent chacune des jurisprudences (3).

1. Un degré de contrôle a priori différent

115. Dans l'Union européenne, la fiscalité des produits est visée par les articles 110, 111 et 112 du TFUE. Ainsi que souligné précédemment, elle peut également être appréhendée par l'article 30 TFUE, relatif aux droits de douane et taxes d'effet équivalent, lorsque la mesure en cause cible spécifiquement les produits importés ou exportés⁴⁹⁷. En outre, une fiscalité plus avantageuse pour les produits nationaux peut être, dans une certaine mesure, soumise aux règles relatives aux aides d'Etat⁴⁹⁸. Les aides d'Etat n'étant cependant pas en elles-mêmes interdites aux Etats-Unis, elles ne seront envisagées qu'à titre subsidiaire⁴⁹⁹.

116. Les articles 110 à 112 TFUE visent à garantir « *la neutralité des régimes d'impositions*

⁴⁹⁴ V. not. A. MAITROT de la MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, ..., *op. cit.*, p. 4 et pp. 33 et s.

⁴⁹⁵ V. en ce sens, J. H. H. WEILER, "The Constitution of the Common Market place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods", in P. CRAIG and G. DE BURCA (eds), *The evolution of EU Law*, OUP, 1999, p. 350, *spéc.* p. 358 et p. 363.

⁴⁹⁶ V. en ce sens, *American Trucking Ass'ns, Inc.*, 483 U.S., *préc.*, p. 269.

⁴⁹⁷ V. section 1 du présent chapitre, *supra*. Selon une jurisprudence constante, les dispositions relatives aux droits de douane et taxes d'effet équivalent et celles relatives aux impositions intérieures ne sont pas applicables cumulativement (v. par ex., CJCE, 16 juin 1966, *Lütticke*, aff. 57/65, *Rec.* p. 293, *spéc.* p. 303 et CJCE, 29 avril 2004, *Weigel*, aff. C-387/01, *Rec.* p. I-4981, pt 63). Il convient, dès lors, de rechercher si le fait générateur de la taxe est ou n'est pas le franchissement d'une frontière étatique ou infra-étatique.

⁴⁹⁸ Articles 107 à 109 TFUE.

⁴⁹⁹ V. *infra* la question de la compensation de la taxe.

intérieures au regard des échanges intracommunautaires »⁵⁰⁰. Aussi sont interdites toutes les mesures fiscales qui défavoriseraient les produits importés sur le territoire national⁵⁰¹ ou exportés vers d'autres Etats membres⁵⁰², mais également celles qui viseraient à favoriser les marchandises exportées sur le territoire des autres Etats membres⁵⁰³.

Concernant les premières de ces mesures, l'article 110 TFUE prohibe, en son 1^{er} alinéa, les impositions intérieures discriminatoires et, en son 2^{ème} alinéa, les impositions intérieures protectionnistes.

La démonstration d'une imposition intérieure discriminatoire repose sur deux éléments : l'établissement de la similitude des produits nationaux et importés, d'une part, et l'identification d'un traitement défavorable des produits importés, d'autre part. L'article 110, paragraphe 1 n'exige toutefois pas un traitement fiscal parfaitement identique dès lors que, en pratique les produits importés ne subissent pas une charge plus lourde que les produits nationaux⁵⁰⁴.

La seconde catégorie visée par l'article 110 TFUE couvre les mesures dont le caractère discriminatoire ne peut être démontré faute de similitude entre les produits⁵⁰⁵. Elles doivent cependant produire le même effet que les mesures discriminatoires, c'est-à-dire défavoriser

⁵⁰⁰ V. not. CJCE, 29 juin 1978, *Statens Kontrol c/ Larsen*, aff. 142/77, *Rec.* p. 1543, pt 23.

⁵⁰¹ Article 110 TFUE.

⁵⁰² L'article 110 TFUE ne vise explicitement que les mesures discriminatoires ou protectionnistes à l'égard des produits importés. Néanmoins, la Cour a jugé que le système du traité impliquait que soient également interdites les discriminations fiscales à l'exportation (v. CJCE, 23 janvier 1975, *Van der Hulst*, aff. 51/74, *Rec.* p. 79, pts 34-35 ; CJCE, *Statens Kontrol*, aff. 142/77, préc., pt 27). Sur ce point, v. chapitre 2, section 1, §1, *infra*.

⁵⁰³ Articles 111 et 112 TFUE.

⁵⁰⁴ V. par ex., CJCE, 22 juin 1976, *Bobie Getränkevertrieb c/ Hauptzollamt Aachen-Nord*, aff. 127/75, *Rec.* p. 1079, pt 3 : « tout en laissant ouverte la possibilité pour un Etat membre d'appliquer au produit importé un régime d'imposition différent de celui auquel est assujéti le produit national similaire, cette disposition n'admet une telle possibilité que si la charge de l'imposition sur le produit importé reste, en toute circonstance, égale ou inférieure à celle qui s'applique au produit national similaire ». Dans le même sens, v. également, CJCE, 2 avril 1998, *Outokumpu Oy*, aff. C-213/96, *Rec.* p. I-1777 ; CJCE, 29 avril 2004, *Weigel*, aff. C-378/01, *Rec.* p. I-4981 ; CJCE, 20 septembre 2007, *Commission c/ Grèce*, aff. C-74/06, *Rec.* p. I-7585. La Cour est extrêmement stricte sur ce point : même si seule une très faible proportion de produits nationaux bénéficient d'une fiscalité plus avantageuse, la mesure viole l'article 110, §1 TFUE (v. par ex. CJCE, *Rewe*, aff. 45/75, préc.).

⁵⁰⁵ Les juges de Luxembourg recourent également à l'alinéa 2 de l'article 110 lorsque la similitude paraît plausible mais qu'elle demeure discutable. Dans cette hypothèse, ils ont pu estimer qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la question de la similitude, dans la mesure où le rapport de concurrence était établi. V. par ex. CJCE, *Commission c/ France*, aff. 168/78, préc., pt 39 ; CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. 169/78, préc., pt 33 ; CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ Danemark*, aff. 171/78, *Rec.* p. 447. Par ailleurs, la Cour, dans quelques arrêts, n'a pas cherché le fondement exact de la violation alléguée, se contentant de viser l'article 110 TFUE dans sa globalité (v. CJCE, 30 novembre 1995, *Cassarini*, aff. C-113/94, *Rec.* p. I-4203. En l'espèce la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 110 TFUE).

les produits importés⁵⁰⁶. Il convient à cette fin de démontrer qu'il existe un rapport de concurrence « même partielle, indirecte ou potentielle » entre les produits nationaux et les produits importés⁵⁰⁷ et que la mesure protège, ne serait-ce qu'indirectement ou potentiellement, les premiers⁵⁰⁸. L'absence d'un de ces deux éléments entraîne l'inapplicabilité de l'article 110 TFUE.

117. Si la Cour de justice s'est, dans de nombreux domaines, montrée plus exigeante que la Cour Suprême vis-à-vis des Etats⁵⁰⁹, le domaine de la fiscalité indirecte échappe à cette règle. Alors que la Cour de justice, tenue par les termes de l'article 110 TFUE, contrôle uniquement le respect du principe d'égalité, la Cour Suprême ne se contente pas, en théorie, d'une stricte égalité. La jurisprudence américaine a évolué en la matière mais une constante demeure : une mesure fiscale peut, en principe, être jugée contraire à la *dormant commerce clause* alors même qu'elle n'est pas discriminatoire. Il est, toutefois, difficile de dégager des règles générales de la jurisprudence. En effet, l'approche de la Cour Suprême, plus encore que dans d'autres domaines, est marquée du sceau de l'empirisme⁵¹⁰.

118. La Cour Suprême a, dans un premier temps, jugé que les mesures fiscales étatiques qui affectaient directement les activités interétatiques violaient *per se* la *commerce clause*⁵¹¹. Il en

⁵⁰⁶ V. CJCE, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 170/78, préc. ; CJCE, 9 juillet 1987, *Commission c/ Belgique*, aff. 356/85, *Rec.* p. 3299, pts 14-15.

⁵⁰⁷ V. en ce sens, CJCE, *Commission c/ France*, aff. 168/78, préc., pt 6 ; CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. 356/85, préc., pt 7. Aux termes de ces arrêts, peuvent être considérés comme étant dans un rapport de concurrence les produits qui « *ont en commun [...] suffisamment de propriétés pour constituer, du moins dans certaines circonstances, une alternative de choix pour le consommateur* ».

⁵⁰⁸ CJCE, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 170/78, préc. ; CJCE, 12 juillet 1983, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 170/78, *Rec.* p. 2265. Dans cette affaire – les deux arrêts sont liés au même contentieux – la Cour a considéré que la charge fiscale reposant sur certains vins – boissons essentiellement importées – avait pour effet potentiel de protéger le marché national de la bière. En revanche, dans une affaire de 1987 opposant la Commission à la Belgique, elle a jugé que l'institution communautaire n'avait pas démontré le caractère protecteur d'une réglementation fiscale faisant supporter une charge fiscale légèrement plus lourde sur le vin que sur la bière (v. CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. 356/85, préc.). Pour M. DE WOLF, les conclusions opposées dans les deux arrêts s'expliquent par le caractère disproportionné de la différence de taxation dans la première affaire tandis que, dans la seconde affaire, cette différence demeurerait raisonnable (v. M. DE WOLF, *Souveraineté fiscale...*, *op. cit.*, pp. 139-140).

⁵⁰⁹ V. en particulier le titre 2 de la présente partie, *infra*.

⁵¹⁰ Ce que la Cour Suprême reconnaît elle-même. V. par ex., *Boston Stock Exchange*, 429 U.S., préc., p. 329 : “*This case-by-case approach has left much room for controversy and confusion and little in the way of precise guide to the States*”. V. également *Northwestern States Portland Cement Co. v. Minnesota*, 358 U.S. 450, 458 (1959).

⁵¹¹ Sur le test de l'effet direct, v. not. K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, *op. cit.*, pp. 155 et s.

a résulté la reconnaissance d'une immunité fiscale au profit du commerce interétatique⁵¹². Ainsi a-t-elle invalidé une réglementation de l'Etat de Pennsylvanie exigeant de toute entreprise de transport opérant sur son territoire le paiement d'une taxe proportionnelle au poids des marchandises transportées⁵¹³. Néanmoins, elle a déclaré conformes à la Constitution de nombreuses mesures fiscales en se fondant sur l'effet supposé indirect de ces mesures sur le commerce interétatique. Par exemple, elle a validé des taxes sur le patrimoine d'entreprises opérant dans plusieurs Etats⁵¹⁴. En conséquence, « [l]es hypothèses dans lesquelles les Etats [pouvaient] taxer le commerce interétatique ne répond[aient] à aucun plan logique »⁵¹⁵. Il en a résulté des incohérences jurisprudentielles « intellectuellement intenable »⁵¹⁶.

En renonçant, au cours de la deuxième moitié du 20^{ème} siècle, au critère de l'effet direct pour déterminer la constitutionnalité des mesures étatiques, la Cour Suprême a définitivement rompu avec cette jurisprudence⁵¹⁷. En lieu et place, elle a développé, dans l'arrêt *Complete Auto* de 1977⁵¹⁸, un quadruple test. Aux termes de cet arrêt, les taxes étatiques sont conformes à la *dormant commerce clause* si : 1) elles s'appliquent à une activité présentant un lien substantiel avec l'Etat mis en cause⁵¹⁹ ; 2) la charge est justement répartie⁵²⁰ c'est-à-dire proportionnée ; 3) elles ne sont pas discriminatoires à l'égard du commerce entre Etats⁵²¹ et 4) elles présentent une relation raisonnable avec les services fournis par l'Etat⁵²².

⁵¹² V. not. *Robbins v. Shelby County Taxing District*, 120 U.S. 489, 497 (1887) : “*Interstate commerce cannot be taxed at all*” ; *Leloup v. Mobile*, 127 U.S. 640 (1888). A propos de la théorie de l'immunité fiscale, v. M. DE WOLF, *Souveraineté fiscale...*, *op. cit.*, pp. 76 et s.

⁵¹³ *Reading Railroad Company v. Pennsylvania* (“Case of State Freight Tax”), 82 U.S. 232 (1873).

⁵¹⁴ V. par ex. *Pullman's Car Co. v. Pennsylvania*, 141 U.S. 18 (1891).

⁵¹⁵ M. DE WOLF, *Souveraineté fiscale...*, *op. cit.*, p. 82.

⁵¹⁶ V. M. DE WOLF, *Souveraineté fiscale...*, *op. cit.*, p. 87. La Cour a elle-même reconnu l'opacité des critères employés (v. par ex. les critiques adressées à l'ancienne jurisprudence dans l'arrêt *Commonwealth Edison Co. v. Montana*, 453 U.S. 609, 616 n. 5 et 6 (1981)).

⁵¹⁷ Dans le domaine fiscal, v. *Complete Auto*, 430 U.S. 274, préc., arrêt dans lequel elle procède à un revirement explicite. Précisons que le critère de l'effet direct n'a pas été abandonné subitement au profit d'une nouvelle approche mais est tombé progressivement en désuétude (v. not. *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341, préc. ; *Southern Pacific Railway v. Arizona*, 325 U.S. 761 (1945) ; *Arkansas Electric Cooperative Corp. v. Arkansas Pub. Serv. Comm'n*, 461 U.S. 375 (1983)).

⁵¹⁸ *Complete Auto*, 430 U.S. 274, préc.

⁵¹⁹ “[The tax] is applied to an activity with a substantial nexus with the taxing State”.

⁵²⁰ “is fairly apportioned”.

⁵²¹ “does not discriminate against interstate commerce”.

⁵²² “is fairly related to the services provided by the State”. En réalité cette condition renferme une double exigence : l'existence de services rendus par l'Etat et un lien de causalité entre la taxe et le service rendu.

119. A la simple lecture de ces conditions, le contrôle exercé par la Cour Suprême paraît beaucoup plus exigeant que celui exercé par la Cour de justice, qui se limite à la troisième condition du test *Complete Auto*. En pratique, toutefois, les différences ne sont pas aussi marquées que pourraient le laisser croire les formules employées. Surtout elles s'expliquent par la nature divergente des Unions qui ont aménagé différemment les rapports entre les deux ordres juridiques coexistant : alors que la répartition de la charge fiscale entre les Etats membres de l'Union européenne repose, en matière d'impôts indirects, sur des actes communautaires⁵²³ ou des conventions conclues entre Etats, une telle répartition échappe à la compétence fédérale aux Etats-Unis. Il est dès lors revenu à la Cour Suprême de vérifier que les critères de répartition choisis par chaque Etat respectaient les principes constitutionnels. Le quadruple test a précisément pour objectif de contrôler que les Etats n'outrepassent pas leurs compétences en imposant « abusivement » des activités interétatiques. En pratique, cependant, la Cour Suprême a ajusté son examen de manière à laisser une large marge de manœuvre aux Etats. L'étude de la jurisprudence ultérieure à l'arrêt *Complete Auto* révèle ainsi que deux des conditions posées par l'arrêt – la première et la dernière – ne font en réalité l'objet que d'un contrôle minimal.

120. Tout d'abord, la Cour s'est contentée d'un lien ténu entre le redevable, la matière imposable et l'Etat taxateur, alors que, la première condition de l'arrêt *Complete Auto* faisait référence à un lien substantiel⁵²⁴. En pratique, comme le relève M. DE WOLF, « *cette partie du test Complete Auto a [...] pratiquement perdu [...] toute portée normative : elle se limite à rappeler, sans la concrétiser, l'exigence de rationalité voire de bon sens qui doit présider à la définition du champ territorial et des critères d'assujettissement à l'impôt* »⁵²⁵. En conséquence, seule la vente par correspondance, qui s'est fortement accrue avec le développement d'Internet, échappe, sur le fondement de cette condition, à certaines taxes, telle que les *use taxes*, c'est-à-dire les taxes sur la propriété, la consommation ou l'utilisation dans un Etat de biens qui n'y ont pas été soumis à des taxes sur la vente⁵²⁶.

⁵²³ V. par ex. la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (JO L 347, 11.12.2006, p. 1).

⁵²⁴ Les arrêts ayant précédé l'affaire *Complete Auto*, tout en formulant une condition semblable, s'avéraient néanmoins plus souples à cet égard. V. par ex., *Miller Bros. Co. v. Maryland*, 347 U.S. 340, 344-345 (1954) : la Constitution requiert “*some definite link, some minimum connection, between a state and the person, property or transactions it seeks to tax*”.

⁵²⁵ M. DE WOLF, *Souveraineté fiscale...*, *op. cit.*, p. 102.

⁵²⁶ V. not. *Quill Corp. v. North Dakota*, 504 U.S. 298 (1992).

121. Ensuite, l'exigence d'un service fourni en contrepartie de la taxe et d'une juste relation entre ces services et le montant de la taxe est appréciée de manière très souple. Au regard du service rendu, la Cour a estimé que tout service fourni par l'Etat, y inclus ceux ne bénéficiant pas exclusivement au contribuable imposé, remplissait cette condition⁵²⁷. Ainsi « *les bénéfices d'une force ouvrière qualifiée et les avantages d'une société civilisée* » constituent-ils un tel service⁵²⁸. Dans la mesure où les Etats fédérés fournissent nécessairement un certain nombre de prestations sur leur territoire, la Cour a pu juger, par la suite, qu'il n'était pas nécessaire que les autorités étatiques détaillent les services rendus à la communauté⁵²⁹. Le montant de la taxe au regard des services rendus est par ailleurs indifférent, « *sauf le cas d'une taxation à ce point arbitraire qu'elle deviendrait confiscatoire* »⁵³⁰, hypothèse qui ne s'est, à ce jour, jamais réalisée. Aussi peut-on affirmer, que cette condition ne constitue pas, en pratique, une limite réelle au pouvoir fiscal des Etats. C'est pourquoi, certains juges ont critiqué le laxisme de la Cour à cet égard, ouvrant selon eux, la voie aux abus étatiques. Ainsi, dans l'arrêt *Commonwealth Edison Co. v. Montana* de 1981⁵³¹, le juge BLACKMUN a regretté que la Cour n'apprécie pas concrètement le caractère proportionné d'une taxe sur le charbon, 90% de cette production étant exportée vers les autres Etats de l'Union⁵³².

122. Les deuxième et troisième conditions de l'arrêt *Complete Auto* – la juste répartition de la charge et l'absence de discrimination – reflètent des exigences plus substantielles.

On s'aperçoit, dès lors, qu'à partir de dispositions dissemblables et de jurisprudences formulées en des termes sensiblement différents, un principe similaire de non-discrimination s'est imposé dans les deux ordres juridiques.

⁵²⁷ Ou ne leur bénéficiant pas directement : dans une affaire de 1989, un contribuable contestait une taxe perçue par l'Etat de l'Illinois sur les télécommunications interétatiques. Au soutien de sa prétention, il prétendait, notamment, que la taxe ne se traduisait par aucun service concernant les équipements de télécommunication. La Cour Suprême a rejeté l'argument en indiquant qu'une entreprise présente dans plusieurs Etats « *pouvait être mise à contribution pour le financement de tous les services gouvernementaux, y compris les services dont [le contribuable] ne tire aucun bénéfice direct* » (Goldberg v. Sweet, 488 U.S. 252, 267 (1989)).

⁵²⁸ V. par ex., *Japan Line, Ltd.*, 441 U.S. 434, préc. V. également pour une appréciation très large de la notion de services : *D.H. Holmes Co. v. McNamara*, 486 U.S. 24 (1988) (la protection contre les incendies, les services de police pour les magasins, l'entretien de la voirie constituent autant de services rendus par l'Etat) ; *Amerada Hess Corp. v. Director, Div. Of Taxation, N.J. Dep't of Treasury*, 490 U.S. 66 (1989).

⁵²⁹ *Jefferson Lines, Inc.*, 514 U.S. 175, préc.

⁵³⁰ M. DE WOLF, *Souveraineté fiscale*..., op. cit., p. 95.

⁵³¹ *Commonwealth Edison Co.*, 453 U.S. 609, préc.

⁵³² V. p. 638 et s. de l'arrêt.

2. Un examen pratique similaire

123. Le principe de non-discrimination – dénominateur commun des jurisprudences américaine et communautaire – implique que les taxes appliquées aux produits importés des autres Etats membres ne doivent jamais défavoriser ces derniers⁵³³. A cet égard, il n'est pas suffisant que le montant de la charge fiscale soit identique pour les marchandises en provenance d'autres Etats et pour celles produites localement⁵³⁴. Le principe s'étend également au fait générateur⁵³⁵, à l'assiette de la taxe⁵³⁶, aux modalités de perception⁵³⁷ ou encore aux sanctions attachées aux violations de la législation fiscale. En outre, il n'est pas exigé que l'effet discriminatoire soit actuel, les deux juridictions se contentant d'un effet potentiellement discriminatoire pour conclure à une violation des dispositions fondamentales⁵³⁸.

124. A l'instar de la Cour de justice, la Cour Suprême établit le caractère protectionniste d'une réglementation fiscale en se fondant sur le rapport de concurrence existant entre les produits nationaux et importés. Par exemple, dans l'arrêt *Bacchus Import Ltd*⁵³⁹, les juges de Washington ont condamné une réglementation fiscale sur l'alcool qui exemptait deux boissons alcooliques produites localement. Constatant qu'il existait un certain rapport de concurrence entre les produits exemptés et les produits non exemptés, ils ont estimé que la mesure était en pratique discriminatoire et que, en conséquence, elle « constitu[ait] du

⁵³³ Aux Etats-Unis, v. par ex. *Armco, Inc.*, 467 U.S., préc., p. 642 ; dans l'UE, v. par ex., CJCE, *Rewe*, aff. 45/75, préc.

⁵³⁴ L'hypothèse d'une différence dans les montants d'une taxe, au détriment des produits importés, est explicitement visée par l'article 110 TFUE et donc invariablement condamnée par la Cour de justice (v. par ex. le supplément de taxes portuaires imposé par les autorités danoises sur les produits importés et condamné par la Cour de justice dans les arrêts du 17 juillet 1997, *Haahr Petroleum c/ Åbenrå Havn e.a.*, aff. C-90/94, *Rec.* p. I-4085 ; *Texaco c/ Middelfart Havn e.a. et Olieelskabet Danmark c/ Trafikministeriet e.a.*, aff. jtes C-114 et 115/95, *Rec.* p. I-4263 et *GT-Link c/ De Danske Statsbaner*, aff. C-242/95, *Rec.* p. I-4449). Aux Etats-Unis, v. par ex. *Bacchus Imports Ltd.*, 468 U.S. 263, préc. ; *New Energy Co. of Indiana*, 486 U.S. 269, préc. ; *Oregon Waste Sys., Inc.*, 511 U.S. 93, préc.

⁵³⁵ Aux Etats-Unis, v. *Armco, Inc.*, 467 U.S. 638, préc. ; dans l'UE, v. par ex., CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/ Belgique*, aff. 77/69, *Rec.* p. 237.

⁵³⁶ Aux Etats-Unis, v. par ex. *Halliburton Oil Well Cementing Co. v. Reily*, 373 U.S. 64 (1963). Dans l'UE, v. par ex. CJCE, *Commission c/ Grèce*, aff. C-74/06, préc.

⁵³⁷ V. par ex. CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ Irlande*, aff. 55/79, *Rec.* p. 481 (concernant des délais de paiement différents).

⁵³⁸ Aux Etats-Unis, v. *Nippert*, 327 U.S. 416, préc. Dans l'UE, v. par ex. CJCE, 7 mai 1987, *Co-Frutta*, aff. 193/85, *Rec.* p. 2085.

⁵³⁹ *Bacchus Imports Ltd.*, 468 U.S. 263, préc.

« *protectionnisme économique* » dans tous les sens du terme »⁵⁴⁰. En revanche, la Cour a exclu l'existence d'une fiscalité discriminatoire dans une affaire où il était reproché à l'Etat de l'Ohio de taxer la distribution de gaz aux grandes industries tout en exemptant les livraisons de gaz aux ménages et petites entreprises⁵⁴¹. Elle a, en effet, estimé qu'il s'agissait de deux marchés distincts n'entrant pas en concurrence⁵⁴². Au-delà des solutions d'espèce, la similitude des raisonnements des Cours est particulièrement saisissante ici⁵⁴³.

125. De même, c'est une égalité substantielle et non formelle qu'exige la Cour Suprême. Comme les Etats membres de l'Union européenne, les Etats américains doivent veiller à ne pas discriminer les produits importés. Or, il n'est pas nécessaire à cette fin que les taxes soient strictement identiques. Cependant, dans l'hypothèse d'une différenciation, la taxe pesant sur les produits importés ne doit jamais défavoriser ces derniers. C'est ainsi que la Cour admet les *uses tax*⁵⁴⁴ sur les produits importés afin de compenser les *sale tax*⁵⁴⁵ supportées par les seules marchandises produites localement⁵⁴⁶, à la condition toutefois que le montant des premières ne dépasse jamais celui des secondes⁵⁴⁷.

126. Enfin, lorsque les juridictions concluent à l'existence d'une discrimination fiscale, les obligations incombant aux Etats sont similaires aux Etats-Unis et dans l'Union européenne : ceux-ci sont tenus de rembourser le montant de la taxe au contribuable lésé⁵⁴⁸.

127. Toutefois, la portée du principe de non discrimination diverge à certains égards aux Etats-Unis et dans l'Union européenne.

⁵⁴⁰ P. 272 de l'arrêt.

⁵⁴¹ *General Motors Corp.*, 519 U.S. 278, préc.

⁵⁴² V. not. p. 303 de l'arrêt.

⁵⁴³ Sur la jurisprudence communautaire, v. *supra*.

⁵⁴⁴ Pour une définition de la *use tax*, v. *supra*.

⁵⁴⁵ Les *sale tax* désignent les taxes sur la vente de marchandises.

⁵⁴⁶ *V. Henneford v. Silas Mason Co.*, 300 U.S. 577 (1937) ; *Tyler Pipe Indus., Inc. v. Washington State Dep't of Revenue*, 483 U.S. 232 (1987). La Cour affirme dans cet arrêt que c'est l'ensemble du schéma fiscal qui doit être examiné et non la seule taxe.

⁵⁴⁷ *V. Halliburton Oil Well Cementing Co.*, 373 U.S. 64, préc. ; *Associated Industries of Mo.*, 511 U.S. 641, préc. Sur la problématique des taxes compensatoires aux Etats-Unis, v. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 1127 et s.

⁵⁴⁸ Aux Etats-Unis, v. *American Trucking Ass'n v. Smith*, 496 U.S. 167 (1990). Dans l'UE, v. par ex. CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec.* p. 3612.

3. Des singularités persistantes

128. Si de nombreuses analogies apparaissent entre les jurisprudences américaine et communautaire concernant le traitement des entraves fiscales à la libre circulation des marchandises, les approches des juges américains et européens demeurent singulières à certains égards.

129. Une des différences les plus manifestes concerne la question de la compensation d'une taxe. Il arrive en effet que certains Etats appliquent une taxe similaire aux produits nationaux et importés mais compensent ultérieurement le montant de la taxe pour les producteurs nationaux. En pratique, une telle compensation avantage les producteurs nationaux et donc les marchandises produites localement. Cet effet a, logiquement, conduit la Cour de justice à estimer qu'un Etat ne pouvait, après avoir imposé un produit, compenser le montant de la taxe, via une aide financière par exemple, pour les seuls producteurs nationaux⁵⁴⁹. La compensation discriminatoire, même associée à une taxe indistinctement applicable, est qualifiée, par la Cour de justice, d'imposition intérieure discriminatoire si les opérateurs nationaux sont partiellement remboursés⁵⁵⁰ et de taxe d'effet équivalent à un droit de douane s'ils le sont intégralement⁵⁵¹. Une telle interdiction accompagne logiquement l'interdiction, figurant dans le TFUE, des aides d'Etat incompatibles avec le marché intérieur et peut se coupler avec une condamnation de l'Etat au titre de l'article 107 TFUE⁵⁵². Ainsi, dans l'arrêt *Essent Network Noord BV*, la Cour de justice a observé qu'« une mesure réalisée par l'intermédiaire d'une taxation discriminatoire et susceptible d'être en même temps considérée comme faisant partie d'une aide au sens de l'article [107] est assujettie cumulativement aux dispositions des articles [30 ou 110 TFUE], et à celles relatives aux aides d'Etat »⁵⁵³.

Or, à cet égard, la Cour Suprême s'est montrée plus souple que la Cour de justice de l'Union

⁵⁴⁹ CJCE, *Capolongo*, aff. 77/72, préc.

⁵⁵⁰ CJCE, 21 mai 1980, *Commission c/ Italie*, aff. 73/79, *Rec.* p. 1533 ; CJCE, 11 mars 1992, *Compagnie Commerciale de l'Ouest c/ Receveur principal des douanes*, aff. jtes C-78 à 93/90, *Rec.* p. I-1847.

⁵⁵¹ CJCE 28 janvier 1981, *Kortmann*, aff. 32/80, *Rec.* p. 251. L'identité entre le produit taxé et le produit national bénéficiaire doit toutefois être démontrée (v. CJCE, 25 mai 1977, *Cucchi c/ Avez*, aff. 77/76, *Rec.* p. 987, pt 17). Concernant les critères permettant de déterminer si la compensation est intégrale, v. par ex. CJCE, 2 août 1993, *CELBI c/ Fazenda Pública*, aff. C-266/91, *Rec.* p. I-4337, pts 17-18.

⁵⁵² Article 107, al. 1 : « Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

⁵⁵³ CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Network Noord BV*, aff. C-206/06, *Rec.* p. I-5497, pt 59.

européenne. Contrairement au TFUE, la Constitution américaine – telle que l’a interprétée la Cour Suprême – n’interdit pas les aides d’Etat⁵⁵⁴, ce qui peut paraître surprenant, compte tenu de la volonté de mettre fin au protectionnisme économique⁵⁵⁵. Toutefois, cette liberté laissée aux Etats de subventionner leurs entreprises est, selon la Cour Suprême, justifiée à plusieurs égards. D’une part, la Cour Suprême considère qu’ « *une pure subvention trouvant sa source dans le budget général n’entrave ordinairement pas le commerce interétatique* »⁵⁵⁶. En intervenant directement sur le marché, les Etats ne fausseraient pas la concurrence mais, au contraire, y prendrait part. Cette analyse s’inscrit dans la théorie plus large de la « *market participant doctrine* », aux termes de laquelle l’Etat n’est plus soumis aux exigences de la clause de commerce dès lors qu’il intervient en tant qu’opérateur économique et non en tant que régulateur⁵⁵⁷. D’autre part, cette faculté d’octroyer des aides financières ressortirait de la souveraineté des Etats et du système fédéral mis en place par la Constitution⁵⁵⁸.

Toutefois, cette liberté laissée aux Etats fédérés de subventionner leur économie trouve ses limites dans le principe de non-discrimination des mesures fiscales. Après quelques errements jurisprudentiels⁵⁵⁹, la Cour Suprême a décidé qu’une exemption fiscale accordée exclusivement à des produits nationaux était interdite par la Constitution⁵⁶⁰. De même, une mesure couplant une taxe non discriminatoire et une subvention exclusivement destinée aux

⁵⁵⁴ V. par ex. *New Energy Co. of Indiana*, 486 U.S., préc., p. 278 : “*Direct subsidization of domestic industry does not ordinarily run afoul of [the] prohibition [of the dormant commerce clause]*”.

⁵⁵⁵ V. en ce sens W. HELLERSTEIN, “Federal constitutional restraints on tax competition among the American states”, in *Liber Amicorum J. Malherbe*, Bruylant, 2006, p. 563, spéc. pp. 563-564 ; P. ENRICH, “Saving the States from Themselves: Commerce Clause Constraints on State Tax Incentives for Business”, *Harv. L. Rev.*, vol. 110, 1996, p. 377). La législation fédérale relative aux pratiques anticoncurrentielles, dans la mesure où elle ne vise que des comportements privés, ne permet pas davantage de contester les aides d’Etat (à ce propos, v. F. SOUTY, « La *State Action Doctrine* aux USA: Contribution aux réflexions sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles d’origine publique », *Concurrences*, n° 4, 2006, p. 56).

⁵⁵⁶ *West Lynn Creamery, Inc.*, 512 U.S., préc., p. 199. Cette analyse est contestée par une partie de la doctrine qui y perçoit une incohérence jurisprudentielle (v. par ex. L. HEINZERLING, “The Commercial Constitution”, préc., pp. 257 et s.).

⁵⁵⁷ Sur cette doctrine, v. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, §2, *infra*. Celle-ci contraste singulièrement avec le droit communautaire. Cette divergence d’appréciation doit cependant être relativisée en pratique : il apparaît en effet que les aides directes aux entreprises sont relativement modestes aux Etats-Unis, de telle sorte que leur autorisation de principe n’aboutit pas nécessairement aux distorsions de concurrence que l’on peut observer en Europe (v. à ce propos J. PELKMANS, *The internal markets of north America...*, *op. cit.*, p. 13 et pp. 60 et s.).

⁵⁵⁸ *Reeves, Inc.*, 447 U.S. 429, préc.

⁵⁵⁹ *New Energy Co. of Indiana*, 486 U.S. 269, préc.

⁵⁶⁰ *Bacchus Imports Ltd*, 468 U.S. 263, préc.

entreprises domestiques viole la *dormant commerce clause*⁵⁶¹.

La Cour n'a, toutefois, pas remis en cause le principe de constitutionnalité des aides⁵⁶². Il en découle un certain formalisme et un affaiblissement de la règle de non-discrimination : si une aide financière provient du budget général, elle est conforme à la Constitution⁵⁶³ ; si, en revanche, elle provient directement d'une taxe payée par les contribuables résidents et non résidents, elle est, en principe, inconstitutionnelle⁵⁶⁴. Le caractère incertain et insatisfaisant de cette solution – sur le plan économique, il est difficile de percevoir la différence entre l'effet d'une subvention directement liée au produit d'une taxe et l'effet d'une subvention provenant du budget général⁵⁶⁵ – a conduit à une inflation du contentieux et il est probable que la Cour Suprême soit à nouveau saisie de la question⁵⁶⁶.

130. Si la Cour Suprême semble plus souple que la Cour de justice en ce qui concerne la compensation de la taxe, elle est, en revanche, plus ferme en ce qui concerne les impositions intérieures discriminatoires à l'égard des produits importés d'Etats tiers. La Cour de justice a en effet jugé que l'article 110 TFUE n'était pas invocable à l'égard de telles impositions⁵⁶⁷.

⁵⁶¹ *West Lynn Creamery, Inc.*, 512 U.S. 186, préc., à propos d'une taxe sur le lait payée par tous les producteurs mais dont le produit était exclusivement destinée aux producteurs étatiques. La Cour assimile une telle mesure à un droit de douane (v. p. 194 de l'arrêt).

⁵⁶² V. à ce propos *Boston Stock Exchange*, 429 U.S., préc., p. 336 ; *Bacchus Imports Ltd*, 468 U.S., préc., pp. 271-272.

⁵⁶³ La Cour Suprême ne s'est pas elle-même prononcée sur ce point (v. toutefois l'opinion séparée du juge SCALIA sous l'arrêt *West Lynn Creamery*, 512 U.S., préc., pp. 207 et s.). En revanche, plusieurs juridictions fédérales et étatiques ont interprété sa jurisprudence en ce sens (v. par ex. *Cumberland Farms, Inc. v. Mahany*, 943 F. Supp. 83 (D. Me. 1996)). V. à ce propos W. HELLERSTEIN, "Federal constitutional restraints...", *op. cit.*, pp. 579 et s.

⁵⁶⁴ V. *West Lynn Creamery, Inc.*, 512 U.S., préc., pp. 199 n. 15. V. également l'arrêt rendu par la Cour du 6ème circuit: *Cuno v. DaimlerChrysler, Inc.*, 386 F.3d 738 (6th Cir. 2004). Un parallèle peut être partiellement effectué ici avec le contentieux communautaire des aides d'Etat. Les juridictions communautaires, appelées à apprécier des mesures d'aides financées par des taxes, ont jugé que les taxes faisaient partie intégrante des mesures d'aide s'il existait un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide, « en ce sens que le produit de la taxe est nécessairement affecté au financement de l'aide » (CJCE, 22 décembre 2008, *Sté Régie Networks*, aff. C-333/07, *Rec. p. p. I-10807*).

⁵⁶⁵ V. en ce sens E. ZELINSKY, "Restoring Politics to the Commerce Clause : The Case for Abandoning the Dormant Commerce Clause Prohibition on Discriminatory Taxation", *Ohio N. U. L. Rev.*, vol. 29, 2002, p. 29, *spéc.* pp. 29-30, 34-35. Les juridictions fédérales, tout en appliquant la distinction opérée par la Cour Suprême, n'ont pas manqué de relever cette incohérence (v. *DaimlerChrysler, Inc.*, 386 F.3d, préc., p. 746).

⁵⁶⁶ V. à ce propos, R. MASON, "Common Markets, Common Tax Problems", préc., pp. 624 et s.

⁵⁶⁷ V. par ex. CJCE, 9 juin 1992, *Simba*, aff. jtes C-228 à 234, 339 et 353/90, *Rec. p. I-3752* ; CJCE, 13 juillet 1994, *OTO*, aff. C-130/92, *Rec. p. I-3281* ; CJCE, *Texaco et Olieselskabet Danmark*, aff. jtes C-114 et 115/95, préc.

La Cour Suprême applique, pour sa part, la jurisprudence *Complete Auto*⁵⁶⁸ à laquelle elle a ajouté, pour les marchandises importées d'Etats tiers, deux conditions spécifiques⁵⁶⁹. D'une part, le juge vérifie si la taxe crée un risque substantiel de taxation internationale multiple ; d'autre part, il examine si la taxe empêche le gouvernement fédéral de parler d'une seule voix dans la réglementation des relations commerciales internationales. En conséquence, un Etat membre de l'Union européenne peut appliquer une législation fiscale discriminante à l'égard des marchandises produites à l'extérieur de l'Union, alors qu'un Etat américain ne peut jamais, quelle que soit l'origine de la marchandise, défavoriser fiscalement les marchandises importées. Une partie de la doctrine perçoit dans cette lacune du droit communautaire une incohérence que la Cour, par son interprétation dynamique du traité, pourrait aisément dépasser⁵⁷⁰.

131. Une autre différence mérite, enfin, d'être relevée, même si elle ne présente plus qu'un intérêt historique. La Cour Suprême a, un temps, interprété le 21^{ème} amendement de la Constitution⁵⁷¹ comme immunisant les réglementations étatiques relatives aux boissons alcoolisées de la *dormant commerce clause*. A ce titre, elle a notamment admis des réglementations fiscales discriminatoires à l'égard des boissons alcoolisées importées⁵⁷². Cette jurisprudence a toutefois fait l'objet d'un revirement progressif à partir de 1964⁵⁷³,

⁵⁶⁸ *Complete Auto*, 430 U.S. 274, préc. Sur cette jurisprudence, v. *supra*. Si la Cour applique le quadruple test dégagé dans cet arrêt aux entraves fiscales au commerce international, en revanche, ce n'est pas la même disposition qui est mise en œuvre puisque la Constitution contient une clause spécifique en la matière : la *foreign commerce clause*.

⁵⁶⁹ *Japan Line, Ltd.*, 441 U.S. 434, préc.

⁵⁷⁰ V. not. M. DE WOLF, *Souveraineté fiscale...*, *op. cit.*, pp. 304 et s. Pour l'auteur, la jurisprudence de la Cour en la matière remet en cause l'unicité même du territoire douanier communautaire et l'uniformité de la politique commerciale commune, en permettant notamment des détournements de trafic. Montrant que la Cour a su élargir le champ d'application des articles 28, 30 et 110 TFUE à certains égards (application des articles 28 et 30 aux marchandises directement importées d'Etats tiers ; application de l'article 110 TFUE aux exportations par exemple), il s'interroge sur les raisons qui incitent les juges communautaires à maintenir une interprétation rigide de l'article 110 TFUE concernant les marchandises directement importées d'Etats tiers.

⁵⁷¹ 21^{ème} amendement, section 2 : « *le transport ou l'importation dans tout Etat, territoire ou possession des Etats-Unis de boissons alcooliques destinées à y être livrées ou consommées, en violation des lois y existant, sont interdits* » (*"The transportation or importation into any State, Territory, or Possession of the United States for delivery or use therein of intoxicating liquors, in violation of the laws thereof, is hereby prohibited"*).

⁵⁷² V. par ex. *State Board of Equalization of California v. Young's market*, 299 U.S. 59 (1936).

⁵⁷³ *Hostetter v. Idlewild Bon Voyage Liquor Corp.*, 377 U.S. 324 (1964). Tout en maintenant dans cet arrêt qu'« *un Etat n'est pas borné par les limitations traditionnelles de la clause de commerce lorsqu'il restreint les importations de boissons toxiques destinées à l'usage, la distribution ou la consommation sur son territoire* » (p. 330 de l'arrêt), la Cour a toutefois jugé que la seconde section du 21^{ème} amendement ne supprimait pas tout contrôle des réglementations de l'alcool au regard de la clause de commerce. En l'espèce, la réglementation a été déclarée inconstitutionnelle car elle était appliquée à des boissons destinées à l'étranger.

constamment réaffirmé depuis : les boissons alcoolisées importées, comme toutes les autres marchandises importées, ne doivent pas être soumises à des réglementations discriminatoires⁵⁷⁴.

132. Le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne s'épuise dans l'examen du caractère discriminatoire des mesures fiscales. Autrement dit, dès lors qu'il est établi que l'Etat en cause respecte le principe d'égalité de traitement, la mesure est déclarée conforme aux textes fondateurs sans qu'il soit procédé à un examen de la proportionnalité de la mesure. Ainsi, dans l'arrêt *Humblot* de 1985, la Cour a déclaré que l'article 110 TFUE « ne permet pas de censurer le caractère excessif du niveau de taxation que les Etats membres pourraient arrêter pour des produits donnés »⁵⁷⁵. Aux Etats-Unis, le quadruple test de l'arrêt *Complete Auto* laissait entendre que la neutralité d'une mesure fiscale ne suffisait pas. En pratique, toutefois, le contrôle se limite essentiellement à cette exigence, seules des taxes démesurées étant susceptibles d'être invalidées au titre de l'exigence de proportionnalité⁵⁷⁶. L'examen juridictionnel des réglementations fiscales est donc, en pratique, restreint.

B. Non discrimination et réglementations non tarifaires des marchandises

133. Bien que l'interdiction des discriminations ne figure explicitement ni à l'article 34 TFUE, ni dans la clause de commerce, les juridictions américaines et communautaires ont condamné, d'une part, les réglementations appliquant un régime spécial et défavorable aux produits importés et, d'autre part, les réglementations, qui, bien que formellement indistinctement applicables, défavorisaient de fait les produits importés. Si les mesures relevant de la première catégorie se sont raréfiées à mesure des condamnations juridictionnelles (1), les mesures relevant de la seconde demeurent fréquentes, les Etats faisant preuve d'une imagination féconde pour favoriser leurs productions. Il est, à cet égard, un exemple significatif ayant fait l'objet d'une jurisprudence abondante sur chaque continent :

⁵⁷⁴ V. not. *Bacchus Imports Ltd*, 468 U.S. 263, préc.

⁵⁷⁵ CJCE, 9 mai 1985, *Humblot c/ Directeur des services fiscaux*, aff. 112/84, *Rec.* p. 1367, pt 12. Dans le même sens, v. CJCE, 5 avril 1990, *Commission c/ Grèce*, aff. 132/88, *Rec.* p. 1567.

⁵⁷⁶ L'arrêt *Commonwealth Edison Co.*, 453 U.S. 609, préc., est particulièrement révélateur du contrôle en réalité réduit de la Cour. En l'espèce, on pouvait se demander s'il était légitime qu'un Etat profite de sa situation sur le marché du charbon pour imposer une charge excessive aux opérateurs économiques. Mais, se fondant sur une interprétation stricte des quatre conditions de l'arrêt *Complete Auto*, la Cour estime que, d'un point de vue constitutionnel, on ne peut rien reprocher à l'Etat.

les réglementations des prix (2).

1. Les mesures formellement discriminatoires à l'égard des produits importés

134. Bien que plusieurs exemples de mesures directement fondées sur l'origine des produits puissent être relevés dans la jurisprudence communautaire⁵⁷⁷, on constate que de telles mesures ont fortement diminué au cours des années⁵⁷⁸. La surveillance étroite de la Commission, le contrôle des opérateurs économiques et la condamnation inévitable des mesures formellement discriminatoires sont autant de facteurs qui ont conduit les Etats à modifier leurs comportements⁵⁷⁹. La Cour de justice s'est dès lors progressivement focalisée sur les entraves non discriminatoires. Il n'en demeure pas moins que toute réglementation étatique des produits est soumise au principe de non discrimination⁵⁸⁰. L'approche américaine est similaire : si la clause de commerce ne comporte aucune interdiction formelle des discriminations, la Cour Suprême a itérativement jugé qu'elle impliquait une interdiction *per se* des mesures « *facially discriminatory* »⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ V. par ex., CJCE, 17 juin 1981, *Commission c/ Irlande* (« Souvenirs d'Irlande »), aff. 113/80, *Rec.* p. 1625 (mesure imposant aux entreprises fabriquant des souvenirs d'Irlande hors du territoire irlandais d'apposer la mention « *foreign* » sur leurs produits) ; CJCE, 9 juin 1982, *Commission c/ Italie*, aff. 95/81, *Rec.* p. 2187 (réglementation italienne imposant le versement d'une caution ou d'une garantie bancaire pour le paiement anticipé des marchandises destinées à être importées) ; CJCE, 22 mars 1983, *Commission c/ France* (« vins italiens »), aff. 42/82, *Rec.* p. 1013 (réglementation française soumettant à des contrôles systématiques l'importation de vins italiens) ; CJCE, 20 avril 1983, *Weinvertriebs-GmbH* (« Vermouth »), aff. 59/82, *Rec.* p. 1217 (réglementation appliquant des exigences différentes quant à la teneur en alcool du vermouth selon que la boisson était fabriquée en Allemagne ou dans un autre Etat) ; CJCE, 20 mars 1990, *Du Pont de Nemours c/ Unita Sanitaria Locale*, aff. 21/88, *Rec.* p. 889 (mesure réservant aux entreprises implantées dans la zone du Mezzogiorno un pourcentage des marchés publics de fourniture, favorisant ainsi les marchandises produites localement) ; CJCE, 7 mai 1997, *Pistre*, aff. jtes C-321 à 324/94, *Rec.* p. I-2343 (mesure réservant la dénomination « montagne » aux seuls produits fabriqués sur le territoire national) ; CJCE, 25 octobre 2001, *Commission c/ Grèce* (« Produits pétroliers »), aff. C-398/98, *Rec.* p. I-7915 (faculté de transfert de l'obligation de stockage de produits pétroliers offerte aux sociétés de commercialisation de tels produits subordonnée à l'approvisionnement auprès des raffineries nationales).

⁵⁷⁸ V. R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, *op. cit.*, p. 400. De manière plus générale, « [la] mention explicite de la nationalité [...] comme critère de distinction est aujourd'hui devenue rare » (P. GARONNE, « La discrimination indirecte en droit communautaire... », *préc.*, p. 425).

⁵⁷⁹ V. par ex. en matière de contrôles sanitaires et phytosanitaires à l'importation, la jurisprudence abondante et très constante de la Cour de justice au cours des années 1970 et 1980, qui, combinée avec l'adoption d'actes communautaires visant à harmoniser ces contrôles, a amené les Etats à modifier leurs législations en la matière (v. par ex. CJCE, *Rewe-Zentralfinanz*, aff. 4/75, *préc.* ; CJCE, *Simmenthal*, aff. 35/76, *préc.* ; CJCE, 7 avril 1981, *United Foods & Van den Abeele*, aff. 132/80, *Rec.* p. 995).

⁵⁸⁰ V. par ex. CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, *préc.*, pt 34.

⁵⁸¹ V. par ex., *Great Atlantic & Pac. Tea Co.*, 424 U.S. 366, *préc.* ; *Raymond Motor Transportation Inc. v. Rice*, 434 U.S. 429, 444 n.18 (1978) ; *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, *préc.* ; *Hughes*, 441 U.S. 322, *préc.* ; *Kassel v. Consolidated Freightways Corporation of Delaware*, 450 U.S. 662 (1981) ; *Heald*, 544 U.S. 460, *préc.*

135. Les affaires relatives à des interdictions d'importation illustrent parfaitement cette volonté commune de lutter contre les discriminations. Une interdiction d'importation n'est pas discriminatoire si le produit visé présente des caractéristiques distinctes de celles du produit national auquel on le compare. En revanche, lorsqu'il n'existe aucune différence réelle, autre que l'origine, entre les produits, une telle interdiction viole la *dormant commerce clause* aux Etats-Unis⁵⁸² et l'article 34 TFUE dans l'Union européenne⁵⁸³. Ainsi, la Cour Suprême a déclaré inconstitutionnelles des lois étatiques interdisant l'importation de déchets, estimant que les déchets importés étaient similaires aux déchets étatiques. Les Etats ne pouvaient donc opérer de distinction selon l'origine des déchets, et ce même dans la perspective de protéger l'environnement⁵⁸⁴. De même, les interdictions de livraison directe aux consommateurs par des entreprises établies dans d'autres Etats, alors que ces livraisons sont autorisées de la part d'entreprises étatiques, sont directement discriminatoires⁵⁸⁵.

136. La Cour de justice a, pour sa part, condamné une interdiction d'importation édictée en 1981 par le Royaume-Uni à l'égard des viandes de volaille⁵⁸⁶. Cet Etat prétendait que la mesure était nécessaire pour éviter la propagation de la maladie de Newcastle dans le cheptel national. A ce titre, il avait refusé les demandes françaises visant à obtenir que les produits de volaille français soient réadmis en Grande-Bretagne. Or, le gouvernement français avait adopté, à l'égard de la maladie, une politique similaire à celle du Royaume-Uni. Ainsi, un traitement différent était appliqué à des produits pourtant analogues. Les juges en ont déduit que la mesure était en réalité une restriction déguisée, au sens de l'article 36 TFUE, en ce

⁵⁸² *Railroad Co. v. Husen*, 95 U.S. 465 (1877) ; *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S., préc., pp. 626-627 : « *quel que soit l'objectif poursuivi [par l'Etat], il ne peut l'accomplir en établissant une discrimination à l'égard des produits du commerce originaires d'autres Etats, sauf s'il a une raison, autre que l'origine du produit de le traiter différemment* » (« *whatever New Jersey's ultimate purpose, it may not be accomplished by discriminating against articles of commerce coming from outside the State unless there is some reason, apart from their origin to treat them differently* »).

⁵⁸³ V. par ex., CJCE, 11 mars 1986, *Conégate*, aff. 121/85, *Rec.* p. 1007. On peut également estimer qu'une interdiction d'importation constitue la forme la plus ultime de restriction quantitative.

⁵⁸⁴ V., par ex., *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, préc. Saisie d'un litige similaire la Cour de justice a, au contraire, jugé que les déchets importés et les déchets locaux n'étaient pas similaires compte tenu du principe de la correction à la source. Il en résulte qu'une interdiction d'entreposer des déchets provenant de l'étranger dans les décharges wallonnes n'est pas discriminatoire (CJCE, 9 juillet 1992, *Commission c/ Belgique* (« *déchets wallons* »), aff. C-2/90, *Rec.* p. I-4431). Cette décision a toutefois été relativisée depuis, la Cour ayant jugé discriminatoire une exonération fiscale bénéficiant aux seuls déchets nationaux (CJCE, 8 novembre 2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten et Gemeindebetriebe Frohnleiten*, aff. C-221/06, *Rec.* p. I-9643). V. à ce propos, le chapitre 1, section 2, §2, A, 2 ainsi que le chapitre 2, section 2, §1, B du titre 2 de la 2^{ème} partie, *infra*.

⁵⁸⁵ *Heald*, 544 U.S. 460, préc.

⁵⁸⁶ CJCE, 15 juillet 1982, *Commission c/ Royaume-Uni*, (« *maladie de Newcastle I* ») aff. 40/82, *Rec.* p. 2793.

qu'elle était utilisée « *de manière à établir des discriminations à l'égard des marchandises originaires d'autres Etats membres* »⁵⁸⁷.

137. Si les discriminations directes posent peu de difficultés de qualification aux juridictions, le contrôle des discriminations de fait est, en revanche, plus difficile à opérer. C'est pourquoi, les Cours ne cherchent pas nécessairement à démontrer l'existence d'une discrimination lorsque d'autres arguments leur permettent de conclure à l'existence d'une entrave⁵⁸⁸. A cet égard, les réglementations indistinctement applicables concernant le prix des marchandises ont suscité un abondant contentieux qui illustre les difficultés auxquelles ont pu être confrontés tant le juge communautaire que le juge américain.

2. Les discriminations de fait à l'égard des produits importés : l'exemple des réglementations des prix

138. Bien que les deux Unions coordonnent les politiques économiques de leurs Etats membres, ces derniers disposent toujours d'une large autonomie pour réglementer le prix de certaines marchandises⁵⁸⁹. La fixation ou le contrôle des prix de certaines denrées relèvent toutefois de la compétence de l'Union. Dans l'Union européenne, par exemple, les prix des produits couverts par une organisation commune de marché font l'objet d'une négociation au niveau communautaire⁵⁹⁰. De même, le prix du charbon ou de l'acier échappe, en vertu du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, à la compétence des Etats⁵⁹¹. Les règlements relatifs au transport contiennent également des dispositions relatives

⁵⁸⁷ Point 36 de l'arrêt.

⁵⁸⁸ V. titre 2 de la présente partie, *infra*.

⁵⁸⁹ Pour la plupart des marchandises, les prix sont fixés librement par les producteurs et les vendeurs. Toutefois, le caractère sensible – d'un point de vue économique, sanitaire ou encore culturel – de certains produits peut conduire les Etats à contrôler leurs prix. Tel est le cas, par exemple, de l'alcool, du tabac, des médicaments, du carburant, de certains produits agricoles, des livres, etc. La CJUE a jugé que la notion de marché intérieur ainsi que les articles 3, 98 et 99 CE (26, 120 et 121 TFUE) qui font référence à « une économie de marché ouverte où la concurrence est libre » ne sauraient être invoqués pour contester de telles réglementations (v. CJCE, 3 octobre 2000, *Echirolles Distribution*, aff. C-9/99, *Rec.* p. I-8207). Similairement, le principe même d'une réglementation des prix n'est pas contesté aux Etats-Unis, les débats, devant les juridictions, portant plutôt sur le titulaire de la compétence en la matière (v. par ex. *Arkansas Elec. Coop.*, 461 U.S. 375, préc., à propos du prix de l'électricité). Toutefois, les juridictions américaines semblent estimer que la liberté des prix constitue la norme et la réglementation l'exception (v. par ex. *Allied Artists Picture Corp. v. Rhodes*, 679 F.2d 656 (6th Cir. 1982)).

⁵⁹⁰ V. Y. PETIT, « Agriculture », *Encyclopédie Dalloz*, vol. I, janv. 2002, pts 295-301. V. également CJCE, 23 janvier 1975, *Galli*, aff. 31/74, *Rec.* p. 47.

⁵⁹¹ V. not. art. 60 à 64 CECA.

aux tarifs⁵⁹². Aux Etats-Unis, le législateur fédéral a pu adopter des réglementations contenant des dispositions relatives aux prix de certaines marchandises. Tel est le cas du plan Medicaid destiné à soutenir financièrement les Etats qui offrent une sécurité sociale à leurs citoyens nécessiteux⁵⁹³. De même, la compétence est partagée en ce qui concerne le prix des matières énergétiques⁵⁹⁴. Enfin, le prix de certains produits agricoles est réglementé au niveau fédéral⁵⁹⁵.

139. La compétence étatique demeure cependant la règle de principe en matière de réglementation des prix. Dans la mesure où de telles réglementations sont néanmoins susceptibles d'affecter la circulation des marchandises, elles sont soumises aux prescriptions du TFUE⁵⁹⁶ ou de la Constitution américaine⁵⁹⁷. A cet égard, toute mesure formellement discriminatoire est évidemment interdite⁵⁹⁸. Si une mesure indistinctement applicable en matière de prix ne constitue pas en elle-même une entrave⁵⁹⁹, il est apparu, toutefois, que diverses réglementations de ce type pouvaient avoir pour effet de défavoriser les marchandises importées. Certains Etats, sciemment ou involontairement, ont pu adopter de telles réglementations et il est revenu aux juridictions de faire la part entre réglementations licites de prix et réglementations illicites. Si la Cour Suprême et la Cour de justice ne

⁵⁹² V. à ce propos Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, « Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire », *RTDE*, n° 2, 1985, p. 269.

⁵⁹³ La loi fédérale exige que les compagnies pharmaceutiques offrent des rabais précis sur le prix des médicaments remboursés par Medicaid (programme voté en 1965, dans le cadre du *Social Security Act*, visant à fournir une assurance maladie de base aux individus à faibles ressources). Les Etats participant au programme sont toutefois autorisés à négocier les prix avec les fabricants (v. 42 U.S.C. § 1396r8). V. *Pharmaceutical Research & Mfrs. Of Am. v. Walsh*, 538 U.S. 644 (2003).

⁵⁹⁴ *V. Arkansas Elec. Coop.*, 461 U.S. 375, préc.

⁵⁹⁵ *V. Hillside Dairy, Inc. v. Lyons*, 539 U.S. 59 (2003).

⁵⁹⁶ A ce sujet, v. l'étude de référence du professeur M. WAELBROECK, *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire*, Edition de l'Université de Bruxelles, 1975.

⁵⁹⁷ Nous n'envisageons pas ici la conformité de telles réglementations avec les règles de concurrence. Notons simplement que les deux juridictions ont dû s'interroger, dans certaines affaires, sur les rapports entre réglementations étatiques des prix et pratiques anticoncurrentielles (dans l'UE, v. par ex. CJCE, 16 novembre 1977, *GB-Inno c/ ATAB*, aff. 13/77, *Rec.* p. 2115 ; CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc c/ Au Blé Vert* (« Prix du livre »), aff. 229/83, *Rec.* p. 1. Aux Etats-Unis, v. par ex. *Joseph E. Seagram & Sons, Inc. v. Hostetter*, 384 U.S. 35, 45 et s. (1966) ; *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminium, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980)).

⁵⁹⁸ Dans l'UE, la directive 70/50/CEE (préc.) énumère, parmi les divers exemples de mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, les réglementations des prix discriminatoires. Ce principe a été mis en œuvre à plusieurs reprises. V. par ex. CJCE, 29 novembre 1983, *Roussel Laboratoria BV*, aff. 181/82, *Rec.* p. 3849 ; CJCE, *Prix du livre*, aff. 229/83, préc. ; CJCE, 9 juin 1988, *Commission c/ Italie*, aff. 56/87, *Rec.* p. 2919.

⁵⁹⁹ Dans l'UE, v. par ex. CJCE, 26 février 1976, *Tasca*, aff. 65/75, *Rec.* p. 291, pt 13 ; CJCE, 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, aff. 82/77, *Rec.* p. 25, pt 13.

recourent pas nécessairement aux mêmes outils analytiques pour appréhender ce type de réglementations, une préoccupation commune anime leur jurisprudence : la détection des législations étatiques protectionnistes. Or, l'étude des réglementations des prix a ceci d'intéressant qu'elle révèle différentes manières de protéger les marchés étatiques.

140. Les Etats peuvent, tout d'abord, protéger leur marché en défavorisant les produits importés ou en dissuadant les producteurs des autres Etats d'exporter leurs produits sur leurs territoires. Certaines mesures fixant un prix ou une marge maximum sont susceptibles de produire un tel effet : lorsque le prix est fixé, par exemple, à un niveau inférieur au coût de production ou lorsqu'il empêche de réaliser un bénéfice raisonnable, les opérateurs économiques peuvent être dissuadés d'importer leurs marchandises.

La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi jugé contraires au traité des réglementations qui fixaient les prix « *à un niveau tel que l'écoulement des produits importés [devenait], soit impossible, soit plus difficile que celui des produits nationaux* »⁶⁰⁰, qui obligeaient les opérateurs à vendre à perte⁶⁰¹, ou encore qui rendaient impossible l'écoulement des produits importés « *avec un profit raisonnable sur le marché de l'Etat d'importation* »⁶⁰². Il revient à la partie qui allègue un tel effet discriminant de le prouver⁶⁰³. A cet égard, la Cour est relativement stricte puisqu'il ne suffit pas, selon elle, de démontrer « *qu'une entreprise a renoncé à commercialiser un produit déterminé au motif que le prix maximal qui lui est imposé serait insuffisant* »⁶⁰⁴. Par ailleurs, elle a jugé que la fixation d'une marge maximale, si elle n'était pas, en elle-même, contraire au traité, constituait une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative lorsqu'elle intégrait les frais d'importation, de telle manière que « *le bénéfice net du détaillant ayant importé ses produits d'autres Etats membres est [...]*

⁶⁰⁰ CJCE, *Tasca*, aff. 65/75, préc., pt 13 ; CJCE, 26 février 1976, *SADAM c/ Comité interministériel des prix*, aff. jtes 88 à 90/75, *Rec.* p. 323 (dans ces deux affaires, la Cour était saisie du prix maximal du sucre fixé par l'Italie. Elle a renvoyé l'appréciation des cas d'espèce au juge national).

⁶⁰¹ *Id.* V. également CJCE, 6 novembre 1979, *Openbaar Ministerie c/ Danis*, aff. jtes 16 à 20/79, *Rec.* p. 3327. En l'espèce il ne s'agissait pas d'une mesure fixant un prix maximum, mais d'une mesure imposant une notification préalable de toute hausse des prix. La Cour a estimé que la mesure équivalait à un blocage des prix, qui pouvait avoir le même effet qu'un prix maximum : si les prix sont bloqués à un niveau très bas, ils peuvent dissuader les opérateurs de procéder aux importations.

⁶⁰² CJCE, 19 mars 1990, *Commission c/ Belgique*, aff. C-249/88, *Rec.* p. I-1275, pt 17. En l'espèce, la Cour a estimé que cet effet n'avait pas été démontré et n'a pas jugé le régime belge de prix maximal des médicaments contraire à l'article 34 TFUE.

⁶⁰³ V. par ex. CJCE, 13 décembre 1990, *Commission c/ Grèce*, aff. 347/88, *Rec.* p. 4747, pts 72-75. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que la Commission n'avait pas rapporté la preuve de l'effet discriminatoire du régime de prix maximaux établi par la Grèce pour les produits pétroliers.

⁶⁰⁴ *Id.*, pt 20.

inférieur au bénéfice qu'un détaillant pourrait tirer en achetant ses produits sur le marché national »⁶⁰⁵. Autrement dit, un Etat, s'il décide de fixer une marge fixe, doit prendre en compte la spécificité du produit importé qui emporte en principe des frais supplémentaires⁶⁰⁶. A défaut, sa réglementation s'avère discriminatoire.

La Cour Suprême des Etats-Unis a, pour sa part, eu à connaître de cas particuliers de prix maximum : les Etats n'imposaient pas un prix maximum fixe mais exigeaient des producteurs qu'ils ne fassent pas payer aux vendeurs ou consommateurs locaux un prix supérieur à celui pratiqué dans les autres Etats⁶⁰⁷. Après avoir jugé une telle configuration réglementaire conforme à la clause de commerce en 1966⁶⁰⁸, la Cour l'a déclaré inconstitutionnelle en 1986 en raison de son caractère protectionniste et extraterritorial⁶⁰⁹. Aux termes de la théorie de l'extraterritorialité, une mesure ayant pour effet de contrôler des activités économiques se déroulant hors du territoire de l'Etat qui l'a édictée viole l'article 1§8 cl. 3 de la Constitution⁶¹⁰. Or, en empêchant les opérateurs économiques de réduire leur prix dans les autres Etats, sous peine de contrevenir à la prescription étatique, ces réglementations produisaient un tel effet. Ce raisonnement original, qui n'apparaît pas, du moins

⁶⁰⁵ CJCE, 5 juin 1985, *Roelstraete*, aff. 116/84, *Rec.* p. 1705, pt 21.

⁶⁰⁶ V. également CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. 56/87, *préc.* (à propos d'un prix fixe).

⁶⁰⁷ En matière de vente d'alcool, de telles lois étaient très répandues. Ainsi en 1986, 20 Etats avaient développé cette pratique.

⁶⁰⁸ *Seagram & Sons*, 384 U.S. 35, *préc.* L'Etat de New York exigeait des producteurs d'alcool ou des intermédiaires qu'ils certifient aux grossistes ou vendeurs que les prix pratiqués n'excédaient pas les prix les plus faibles appliqués aux Etats-Unis. Le rejet du recours semble avoir largement été déterminé par l'objet auquel s'appliquait la réglementation : l'alcool. En 1966, si la Cour avait commencé à s'éloigner de l'interprétation originelle faite du 21^{ème} amendement (v. à ce propos A, 3. du présent paragraphe, *supra*), elle continuait d'affirmer que les Etats disposaient d'une large compétence en la matière. Ce n'était, selon elle, qu'à la condition que la mesure constitue une grave interférence avec le commerce interétatique qu'elle pouvait être déclarée inconstitutionnelle (v. pp. 41 et s. de l'arrêt). Par ailleurs, la loi n'ayant jamais été appliquée, la Cour ne pouvait fonder sa décision que sur la base du contenu de la loi et non de ses effets. Au regard du contenu, elle a estimé que la mesure ne violait pas la clause de commerce.

⁶⁰⁹ *Brown-Forman Distillers Corp.*, 476 U.S. 573, *préc.* Cette jurisprudence a été confirmée et sa portée élargie dans l'arrêt *Healy v. Beer Institute, Inc.*, 491 U.S. 324 (1989). La Cour affirme, en effet, que le principe vaut non seulement pour les mesures qui figeraient les prix pour l'avenir (en exigeant, comme dans l'affaire *Brown-Forman*, que le vendeur ne modifie pas ses prix pendant une période d'un mois, l'empêchant ainsi de procéder à des réductions dans les autres Etats), mais également pour celles qui se limiteraient à conditionner le prix de vente aux prix antérieurement pratiqués dans les autres Etats.

⁶¹⁰ De manière plus générale, toute réglementation « extraterritoriale » est contraire aux principes d'égale souveraineté et de réciprocité même lorsqu'elles ne concernent pas le commerce interétatique (v. par ex. *BMW v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996)).

explicitement, dans l'analyse de la Cour de justice de l'Union européenne⁶¹¹, a conduit la Cour Suprême à invalider diverses législations étatiques⁶¹². Si la détection d'un effet extraterritorial ne suffit pas nécessairement à conclure à l'existence d'une entrave⁶¹³, elle complète en revanche l'analyse traditionnelle de la Cour Suprême⁶¹⁴.

141. Ensuite, les Etats peuvent protéger leur marché en réduisant ou en supprimant les avantages concurrentiels dont bénéficient les produits importés en termes de prix. De cette manière, ils réduisent le risque de voir les consommateurs se détourner des produits nationaux au profit des produits importés. Les mesures fixant un prix ou une marge minimum fournissent un exemple de cette deuxième forme de protectionnisme : si ces prix sont fixés de telle manière que les producteurs d'autres Etats sont obligés de vendre au dessus du prix auquel ils pouvaient espérer écouler leurs marchandises, ils perdent un avantage concurrentiel. De telles mesures sont donc jugées contraire à la *dormant commerce clause* aux Etats-Unis et à l'article 30 TFUE dans l'Union européenne.

Aux Etats-Unis, la Cour Suprême a ainsi condamné une réglementation fixant un prix minimum d'achat pour le lait⁶¹⁵, estimant que la mesure avait pour objectif et effet de protéger

⁶¹¹ La Cour de justice n'a pas développé de théorie similaire, ce qui peut s'expliquer notamment par le fait que, contrairement aux juridictions fédérales américaines, il ne revient pas aux juges de Luxembourg de veiller à la répartition horizontale des compétences (bien que le principe de reconnaissance mutuelle puisse être assimilé à une règle de répartition des compétences. V. titre 2 de la présente partie, *infra*). Toutefois, il apparaît dans la jurisprudence que la Cour a pu qualifier d'entrave des mesures ayant un effet extra-territorial. V. par ex. CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, *Rec.* p. I-1141 et, à propos de l'effet extra-territorial de la mesure litigieuse, E. SPAVENTA, "From Gebhard to Carpenter...", *préc.*, p. 753. V. également CJCE, *Roussel Laboratoria BV*, aff. 181/82, *préc.* ; CJCE, 30 avril 2009, *Fachverband der Buch – und Medienwirtschaft c/ LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, aff. C-531/07, *Rec.* p. I-3717.

⁶¹² Cette approche n'est pas propre aux réglementations des prix. Elle a ainsi été appliquée en matière de transport (v. *Southern Pacific Railway*, 325 U.S. 761, *préc.*) ou encore en matière de droit des sociétés (v. *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624 (1982)). Pour de plus amples développements sur cette théorie, v. D. COENEN, *The Commerce Clause*, *op. cit.*, pp. 272 et s. ; L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 1074 et s. ; P. C. FELMLY, "Beyond the Reach of States : the Dormant Commerce Clause, Extraterritorial State Regulation, and the Concern of Federalism", *Me. L. Rev.*, vol. 55, 2003, p. 467.

⁶¹³ V. not. *Osborn v. Ozlin*, 310 U.S. 53, 62 (1940) : « *Le simple fait que l'action d'un Etat puisse avoir des répercussions au-delà des frontières étatiques n'a pas de signification juridique tant que cette action ne relève pas d'un domaine que la Constitution interdit* ». Toutefois, la théorie de l'extra-territorialité semble avoir acquis une certaine autonomie puisque, dans plusieurs arrêts, les juridictions fédérales saisies ont examiné les prétentions fondées sur la clause de commerce à la fois sous l'angle de l'entrave et sous l'angle de l'effet extra-territorial (v. par ex. *Air Transport Association of America v. City and County of San Francisco*, 992 F.Supp. 1149 (1998) ; *Alliance of Automobile Manufacturers v. Gwadosky*, 430 F.3d 30 (1st Cir. 2005)).

⁶¹⁴ V. par ex. l'arrêt *Beer Institute, Inc.*, 491 U.S. 324, *préc.*, dans lequel la Cour assoit son analyse à la fois sur l'effet extra-territorial et sur le caractère discriminatoire de la réglementation.

⁶¹⁵ *Seelig*, 294 U.S. 511, *préc.* En l'espèce, la mesure ne réglementait pas le prix de vente mais le prix minimal d'achat : seuls pouvaient vendre dans l'Etat de New York des opérateurs ayant acheté leur lait au prix minimum fixé par l'Etat, que le lait soit acheté auprès de producteurs de l'Etat de New York ou des producteurs d'autres Etats. Outre le caractère protectionniste de la loi, la Cour a également condamné son caractère extra-territorial.

les producteurs étatiques de la concurrence des producteurs d'autres Etats⁶¹⁶.

Par un raisonnement relativement proche, la Cour de justice a pu juger qu'une réglementation fixant un prix minimal de vente pour certaines boissons alcoolisées était « *susceptible de défavoriser l'écoulement des [produits importés] dans la mesure où il empêch[ait] que leur prix de revient inférieur se répercute sur le prix de vente au consommateur* »⁶¹⁷, neutralisant ainsi leur avantage concurrentiel⁶¹⁸. Elle a procédé à la même analyse à propos d'un prix fixe du livre qui ôtait « *la possibilité pour l'importateur de répercuter sur le prix au détail d'un avantage tiré d'un prix plus favorable obtenu dans l'Etat membre d'exportation* »⁶¹⁹. Toutes les mesures fixant un prix minimal ne produisent évidemment pas un tel effet et il est nécessaire d'opérer une approche au cas par cas pour conclure sur ce point⁶²⁰. Cette appréciation, en ce qu'elles imposent un examen détaillé des faits, est généralement renvoyée au juge national dans l'Union européenne⁶²¹.

On a pu se demander si la jurisprudence *Keck et Mithouard*⁶²² allait modifier cette approche pragmatique en intégrant dans la catégorie « modalités de vente » toutes les réglementations

⁶¹⁶ *Seelig*, 294 U.S., préc., p. 527. Pour une application de cette jurisprudence, v. *Cloverland-green Spring Dairies, Inc. v. Pennsylvania Milk Marketing Board*, 298 F.3d 201 (3rd Cir. 2002), arrêt dans lequel la Cour d'appel pour le 3ème circuit a invalidé une loi de l'Etat de Pennsylvanie fixant un prix minimum pour le lait.

⁶¹⁷ CJCE, *Van Tiggele*, aff. 82/77, préc., pt 18. V. également CJCE, 29 janvier 1985, *Cullet c/ Leclerc*, aff. 231/83, *Rec.* p. 305 (prix minimum de vente du carburant).

⁶¹⁸ Cette condition explique que tous les prix minimaux ne soient pas interdits. D'une part, il doit être démontré que ce prix est supérieur au prix auquel l'opérateur pouvait espérer vendre. D'autre part, un prix minimal au stade de la vente finale n'affecte pas nécessairement la concurrence par les prix à laquelle se livrent les producteurs. Ceci justifie, par exemple, que les Etats puissent exiger un prix minimal ou fixe pour la vente de tabac au détail : une telle mesure empêche la concurrence entre les détaillants mais non entre les producteurs ou les importateurs (v. à ce propos, CJCE, *GB-Inno c/ ATAB*, aff. 13/77, préc. ; CJCE, 5 avril 1984, *Van de Haar et Kaveka de Meern BV*, aff. 177 et 178/82, *Rec.* p. 1797).

⁶¹⁹ CJCE, *Prix du livre*, aff. 229/83, préc.

⁶²⁰ V. par ex. CJCE, 13 novembre 1986, *Edah*, aff. jtes 80 et 159/85, *Rec.* p. I-3359, arrêt dans lequel la Cour n'a pas considéré comme contraire au traité une mesure néerlandaise établissant un prix minimal pour le pain fabriqué sur son territoire et une marge minimale pour le pain importé. En prévoyant que le mécanisme de marge minimale ne s'appliquait plus pour le pain vendu à un prix égal ou supérieur au prix minimal applicable au pain produit localement, les autorités nationales permettaient aux producteurs étrangers de pain de maintenir leur avantage concurrentiel découlant d'un coût de revient plus faible.

⁶²¹ V. par ex. CJCE, *Tasca*, aff. 65/75, préc., pt 13 ; CJCE, *SADAM*, aff. jtes 88 à 90/75, préc. Toutefois, la Cour tranche parfois elle-même la question. V. par ex. CJCE, *Cullet*, aff. 231/83, préc., dans lequel elle conclut que le prix minimum fixé par la France pour la vente de carburant défavorise les produits importés.

⁶²² CJCE, *Keck et Mithouard*, aff jtes C-267 et 268/91, préc. L'analyse de cet arrêt est développée au titre 2 de la présente partie, *infra*.

relatives aux prix⁶²³. A notre sens, l'arrêt n'implique pas une modification de l'analyse sur le fond. Même si la Cour présume, après le 24 novembre 1993, la licéité des mesures indistinctement applicables relatives aux modalités de vente, elle indiquait, auparavant, dans une formule de principe, qu'une réglementation nationale de prix applicable indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés « *ne constitue pas en [elle-même] une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative* »⁶²⁴, partant ainsi d'un présupposé favorable à de telles réglementations. En outre, l'arrêt *Keck* n'exclut pas de qualifier de mesures d'effet équivalent une réglementation produisant des effets discriminatoires⁶²⁵. Dès lors, les mesures considérées comme produisant de tels effets avant 1993, telles celles en cause dans l'arrêt *Cullet c/ Leclerc*⁶²⁶, continuent, en principe, à être interdites par les juridictions.

142. L'interdiction de quelques réglementations relatives aux prix dans les deux unions ne doit pas occulter le fait que, dans la grande majorité des cas, les Etats ne violent pas les dispositions du TFUE ou de la Constitution américaine en réglementant les prix des marchandises. Aussi, les juridictions ont-elles donné raison aux Etats dans un certain nombre de litiges.

La Cour de justice a, par exemple, considéré que l'interdiction de revente à perte ne défavorisait pas les productions importées. En effet, elles ne suppriment pas leur avantage concurrentiel en termes de prix et ne les désavantagent pas par rapport aux produits

⁶²³ V. F. PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », *RTDE*, n° 2, 1998, p. 169, *spéc.* p. 175. Pour le professeur OLIVER, « *il fait peu de doute que [les réglementations des prix] constituent des « modalités de vente »* » (P. OLIVER, *Free Movement of Goods...*, *op. cit.*, p. 203). Cette analyse a d'ailleurs été confirmée dans l'arrêt CJCE, 11 août 1995, *Belgapom c/ I.T.M. et Vocarex*, aff. C-63/94, *Rec.* p. I-2467 à propos d'une réglementation belge qui assimilait les marges bénéficiaires extrêmement réduites à de la vente à perte interdite sur le territoire national. Constatant le caractère indistinctement applicable en droit comme en fait de la réglementation, la Cour a jugé qu'elle échappait au domaine d'application de l'article 34 TFUE.

⁶²⁴ V. par ex. CJCE, *Tasca*, aff. 65/75, *préc.*, pt 13 ; CJCE, *SADAM*, aff. jtes 88 à 90/75, *préc.*, pt 15 ; CJCE, *Cullet*, aff. 231/83, *préc.*, pt 23 ; CJCE, *Edah*, aff. jtes 80 et 159/85, *préc.*, pt 11.

⁶²⁵ Dans l'arrêt *Belgapom*, la Cour, après avoir rappelé les principes de l'arrêt *Keck*, prend soin de constater que la disposition litigieuse « *qui s'applique, sans distinguer selon les produits, à tous les opérateurs économiques dans le secteur en cause n'affecte pas la commercialisation des produits en provenance d'autres Etats membres d'une manière différente de celle des produits nationaux* » (CJCE, *Belgapom*, aff. C-63/94, *préc.*, pt 14). V. également CJCE, *LIBRO*, aff. C-531/07, *préc.* Pour la Cour, la réglementation autrichienne imposant aux éditeurs ou importateurs de fixer le prix du livre constitue une modalité de vente discriminatoire en pratique dans la mesure où elle laisse les éditeurs autrichiens déterminer librement les prix des livres autrichiens, tandis que les importateurs de livres allemands ne peuvent proposer à leurs clients un prix inférieur à celui fixé par l'éditeur allemand. Elle conclut donc à une violation de l'article 34 TFUE.

⁶²⁶ CJCE, *Cullet*, aff. 231/83, *préc.*

nationaux⁶²⁷. Sont également admises les réglementations imposant une marge bénéficiaire minimale lorsque cette marge est exprimée selon un montant fixe et non en pourcentage du prix de revient⁶²⁸. De même, une marge bénéficiaire fixe qui ne supprime pas l'avantage que tirent les producteurs d'autres Etats du coût de revient inférieur de leurs produits n'entrave pas la circulation des marchandises⁶²⁹. Les politiques de prix fixes pour la vente finale au consommateur, sont également acceptées, comme c'est notamment le cas du tabac, des médicaments ou encore des livres⁶³⁰.

La Cour Suprême a pour sa part jugé conforme à la *commerce clause*, une réglementation étatique exigeant des compagnies pharmaceutiques qu'elles accordent un certain rabais sur le prix des médicaments, et, dans l'hypothèse d'un refus, soumettant le remboursement de ces médicaments à une autorisation préalable⁶³¹. La loi n'ayant, selon la Cour, ni effet extraterritorial, ni effet discriminant, le recours intenté par les compagnies a été rejeté⁶³².

143. C'est donc essentiellement dans la mesure où certaines réglementations des prix sont susceptibles, même lorsqu'elles sont formellement indistinctement applicables, de défavoriser les produits importés et, donc, de protéger le marché national que les juridictions sont amenées à sanctionner les législateurs étatiques⁶³³.

La conception communautaire de l'effet discriminatoire peut, toutefois, paraître

⁶²⁷ V. CJCE, *Van Tiggele*, aff. 82/77, préc. Si le raisonnement diffère, la solution est maintenue sur le fond dans les arrêts *Keck et Mithouard* et *Belgapom* (CJCE, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267 et 268/91, préc., et CJCE, *Belgapom*, aff. C-63/94, préc.).

⁶²⁸ CJCE, *Van Tiggele*, aff. 82/77, préc., pt 17.

⁶²⁹ CJCE, 7 juin 1983, *Commission c/ Italie* (« monopole sur le tabac »), aff. 78/82, *Rec.* p. 1955 (en l'espèce, la réglementation italienne fixant une marge bénéficiaire fixe pour les produits du tabac était contestée au regard de l'article 37 TFUE).

⁶³⁰ Pour les livres, v. par ex. M. CANDELA SORIANO, « Le traité CE et la fixation des prix dans le secteur du livre », *RDUE*, n°2, 2000, p. 361.

⁶³¹ En requérant une autorisation préalable, la loi pouvait avoir pour effet de dissuader les médecins de prescrire les médicaments n'ayant pas fait l'objet d'un rabais et les patients de consommer de tels médicaments. Conscients du risque de perdre des parts de marché, les entreprises étaient donc fortement incitées à accorder de tels rabais.

⁶³² *Pharmaceutical Research*, 538 U.S. 644, préc.

⁶³³ Pour le professeur POIARES MADURO, la jurisprudence américaine relative aux réglementations des prix a élaboré un test « *plus limité que celui adopté par la Cour de justice* » (M. POIARES MADURO, *We the Court...*, op. cit., p. 94). Il nous apparaît difficile de conclure sur ce point dans la mesure où les Etats américains ont eu moins tendance à réglementer les prix que les Etats européens (ainsi s'ils prélèvent des taxes sur les produits du tabac, ils n'imposent pas un prix de vente fixe au consommateur final). Les hypothèses examinées par le juge américain sont donc moins variées que celles envisagées par le juge communautaire. Il nous semble toutefois que la logique suivie par les deux juridictions en ce domaine est la même : une réglementation protectionniste est contraire au principe de libre circulation des marchandises.

particulièrement large dans certaines espèces. Ainsi dans un arrêt concernant la libre prestation de services et la liberté d'établissement, la Cour a considéré que la fixation d'un tarif de référence associé à une marge de fluctuation dans le domaine des services de sécurité privée contrevenait à l'article 56 TFUE⁶³⁴. Elle s'appuie, certes, sur le caractère discriminant de la réglementation à l'égard des entreprises établies dans d'autres Etats membres. Elle semble toutefois supposer que le simple fait, pour une entreprise, d'être établie dans un autre Etat membre, constitue en lui-même un désavantage par rapport aux entreprises déjà implantées dans l'Etat d'accueil qui disposent « *de plus grandes facilités [...] pour s'attacher une clientèle* »⁶³⁵. Aussi, toute réglementation fixe des tarifs, en ce qu'elle empêche de se livrer à une concurrence par les prix, est susceptible, selon la Cour, d'affecter l'accès des entreprises étrangères au marché. En l'espèce, le niveau de prix fixé par les autorités étatiques semble indifférent : les juges ne recherchent pas concrètement si les tarifs imposés empêchent les entreprises établies dans d'autres Etats de profiter de leurs coûts inférieurs. C'est donc le principe même d'un contrôle des prix qui est qualifié de restriction. On peut se demander dès lors si, au-delà de l'interdiction du protectionnisme, la Cour ne condamne pas ici toute atteinte à la liberté tarifaire⁶³⁶. Un arrêt du 29 mars 2011 semble, toutefois, écarter l'hypothèse d'un principe général de liberté tarifaire⁶³⁷. En l'espèce, la Cour de justice était saisie de la réglementation italienne relative aux honoraires maximaux des avocats. La Commission européenne faisait valoir que la réglementation pouvait priver d'attrait le marché italien des prestations juridiques pour les professionnels établis dans d'autres Etats membres et portait atteinte à la liberté contractuelle de l'avocat. La Cour de justice a refusé de qualifier la mesure de restriction à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement, considérant que la Commission n'avait pas démontré que les avocats établis dans d'autres Etats membres étaient « *privés de la possibilité de pénétrer le marché [italien] dans des conditions de concurrence normales et efficaces* »⁶³⁸. Elle maintient donc une approche au cas par cas et exige la

⁶³⁴ CJCE, 13 décembre 2007, *Commission c/ Italie* (« agents de sécurité »), aff. C-465/05, *Rec.* p. I-11091.

⁶³⁵ Pt 125 de l'arrêt.

⁶³⁶ Pour une critique de l'arrêt v. titre 2 de la présente partie, *infra*. Dans la mesure où la Cour de justice maintient, partiellement, des critères d'analyse distincts pour apprécier les réglementations relatives aux marchandises et celles relatives aux services, il est difficile de procéder à une analyse globale des réglementations tarifaires. Il nous semble, toutefois, qu'une approche commune est possible et souhaitable.

⁶³⁷ CJUE, 29 mars 2011, *Commission c/ Italie*, aff. C-565/08, *Rec.* p. I-2101, pt 49.

⁶³⁸ Pt 51 de l'arrêt.

démonstration *in concreto* de l'effet discriminant de la réglementation tarifaire⁶³⁹.

144. En conclusion, l'analyse des réglementations tarifaires par les juridictions américaine et communautaire répond, dans une certaine mesure, à une logique commune : les Etats conservent une marge de manœuvre certaine pour réglementer les prix des marchandises, dans la limite de l'interdiction du protectionnisme économique.

145. A une interdiction large des discriminations à l'égard des produits importés, vient s'ajouter dans chaque Union un principe de non discrimination entre les citoyens.

§3. Principe de non discrimination et libre circulation des personnes

146. A l'instar de ce qui a été observé en matière de marchandises, une certaine convergence des règles gouvernant le statut des citoyens dans chaque Union apparaît, même si celle-ci doit être relativisée compte tenu des contextes historiques, politiques et juridiques différents. Après avoir examiné ces règles communes (A), nous envisagerons leur mise en œuvre en matière d'accès au marché de l'emploi, d'attribution des prestations sociales et d'application des réglementations fiscales (B).

A. Un cadre commun de protection

147. Le statut du citoyen s'articule autour de plusieurs principes (1) qui, s'ils sont analogues, reposent sur des fondements différents (2).

1. Les droits attachés au statut de citoyen

148. Les droits attachés au statut de citoyen de l'Union sont divers. Dans le cadre du marché intérieur, deux retiennent plus particulièrement l'attention⁶⁴⁰ : le droit de se déplacer et le droit à l'égalité de traitement, corollaire nécessaire du premier⁶⁴¹.

⁶³⁹ Pour de plus amples développements sur cet arrêt, v. titre 2, chapitre 3, section 2 de la présente partie, *infra*.

⁶⁴⁰ Le statut de citoyens comportent certains droits qui ne seront pas évoqués ici, tels que le droit de vote.

⁶⁴¹ L'existence de discriminations est, en effet, de nature à dissuader la circulation interétatique. Toutefois, le principe d'égalité dépasse le cadre des libertés de circulation pour constituer un droit directement attaché à la qualité de citoyen (v. not. E. DUBOUT, « Entrave et discrimination », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 137, *spéc.* p. 139).

a. Le droit de se déplacer

149. Le droit américain comme le droit communautaire reconnaissent aux citoyens un droit à la libre circulation.

Ce droit, fondé sur l'idée même de citoyenneté nationale, est d'essence jurisprudentielle aux Etats-Unis⁶⁴². La Cour Suprême a, en effet, reconnu un "*right to travel*" qui implique, entre autres, le droit d'entrer sur le territoire d'un Etat ou de le quitter⁶⁴³. Ce droit ne résulte pas, explicitement, d'une disposition particulière du texte constitutionnel mais procède d'une lecture combinée de plusieurs articles et, surtout, de l'esprit de la Constitution⁶⁴⁴.

Dans l'Union européenne, ce droit ressort explicitement du traité. L'article 21 TFUE reconnaît à « [t]out citoyen de l'Union [...] le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres » et l'article 45 TFUE stipule que : « 1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union. [...] 3. Elle comporte le droit, [...] b. de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres ». Le législateur communautaire a complété ce statut de base en adoptant plusieurs textes de droit dérivé⁶⁴⁵.

150. Il résulte du *right to travel* et des dispositions communautaires, un libre accès au territoire de chaque Etat. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême a ainsi jugé qu'un Etat ne pouvait exclure de l'accès à son territoire certaines catégories de personnes, telles les indigents⁶⁴⁶. Dans l'Union européenne, tant le juge⁶⁴⁷ que le législateur⁶⁴⁸ ont consacré une liberté de

⁶⁴² Les sources constitutionnelles de la libre circulation aux Etats-Unis ont fait l'objet d'intenses débats entre les juges (v. not. *Zobel v. Williams*, 457 U.S. 55 (1982)). V. à ce propos, W. COHEN, "Congressional Power to Validate Unconstitutional State Laws: A Forgotten Solution to an Old Enigma", *Stan. L. Rev.*, vol. 35, 1983, p. 387, *spéc.* pp. 415 et s.

⁶⁴³ V., pour une réaffirmation récente de ce principe, *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489, 500 (1999). Ce principe s'étend aux déplacements à l'intérieur des Etats (v. par ex. *King v. New Rochelle Municipal Housing Authority*, 442 F.2d 646 (2d Cir. 1971), à propos de l'accès aux logements sociaux dans la ville de New Rochelle, imposant une durée de résidence et excluant, de fait, les citoyens ressortissants d'autres collectivités de l'Etat).

⁶⁴⁴ V. not. à ce propos G. M. ROSBERG, "Free Movement of Persons in the United States", *op. cit.*, p. 275. L'article 4 des articles de la Confédération reconnaissait aux citoyens américains un droit d'accès et de sortie aux territoires de tous les Etats ("*the people of each State shall have free ingress and regress to and from any other State*"). La Constitution n'a pas repris cette disposition mais la Cour en a déduit que, pour les rédacteurs, le droit de voyager était si évident qu'il ne méritait pas d'être mentionné (*Guest*, 383 U.S., *préc.*, p. 758).

⁶⁴⁵ V. not. le règlement n° 612/68/CEE du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JOCE 1968, L 257 p. 2) et la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (JO L 158 du 20.4.2004, p. 77).

⁶⁴⁶ V. *Edwards*, 314 U.S. 160, *préc.*

⁶⁴⁷ V. not. CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, aff. 53/81, *Rec.* p. 1035.

⁶⁴⁸ V. not. les articles 4 à 7 de la directive 2004/38/CE, *préc.*

mouvement des ressortissants communautaires. Corollaire de ce droit, les citoyens de chaque Union peuvent établir leur résidence dans l'Etat de leurs choix⁶⁴⁹. Si ce droit est inconditionné aux Etats-Unis, il est accordé sous certaines réserves dans l'Union européenne⁶⁵⁰.

151. Le droit à la libre circulation est attribué non seulement aux personnes physiques mais également aux personnes morales. Toutefois, les dispositions applicables aux deux catégories de personnes ne sont pas nécessairement les mêmes. Ainsi, l'article 45 TFUE vise spécifiquement les personnes physiques, tandis que les dispositions relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services sont invocables tant par les personnes physiques que par les personnes morales⁶⁵¹. Aux Etats-Unis, il a été exclu que les personnes morales puissent se prévaloir de la *Privileges and Immunities clause* de l'article IV de la Constitution⁶⁵². Dès lors, celles-ci doivent fonder leur prétention sur la clause de commerce⁶⁵³. Aussi, même si les personnes morales bénéficient de larges garanties dans les deux Unions, leur protection est cependant atténuée par rapport aux personnes physiques. Dans l'Union européenne, par exemple, les personnes physiques ont toute liberté pour changer d'Etat de résidence, tandis que les personnes morales peuvent être obligées de se dissoudre avant de se reformer dans un autre Etat⁶⁵⁴.

β. Le droit à l'égalité de traitement

152. Les deux Unions consacrent un principe d'égalité de traitement des citoyens. Ce principe interdit, notamment, aux Etats américains d'opérer une distinction entre leurs résidents et les résidents des autres Etats. Dans l'arrêt *Saenz v. Roe*, la Cour Suprême a ainsi interprété le *right to travel* comme impliquant, également, « le droit de bénéficier du même

⁶⁴⁹ Aux Etats-Unis, v. par ex. *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33, 39 (1915). En l'espèce, la loi litigieuse visait les étrangers et non les résidents des autres Etats. Le principe est toutefois le même : la citoyenneté américaine ou la résidence légale sur le territoire américain (accordée par l'administration fédérale) offre le droit d'entrer et de s'établir sur le territoire de l'Etat de son choix. Dans l'Union européenne, v. l'article 7 de la directive 2004/38/CE, préc.

⁶⁵⁰ V. *infra* la distinction opérateurs économiques / citoyens n'exerçant pas d'activité économique.

⁶⁵¹ V. articles 54 et 62 TFUE.

⁶⁵² *Bank of Augusta v. Earle*, 38 U.S. (13 Pet.) 519 (1839) ; *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.) 168 (1869) ; *Hemphill v. Orloff*, 277 U.S. 537 (1928).

⁶⁵³ V. A. CONARD, "Federal Protection of Free Movement of Corporations", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets: Perspective From The United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford, 1982, vol I, p. 363.

⁶⁵⁴ V. not. CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust*, aff. 81/87, Rec. p. 5483 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, Rec. p. I-9641.

traitement que les citoyens de l'Etat d'accueil en cas d'installation permanente dans cet Etat »⁶⁵⁵. Toutefois, la force juridique du principe d'égalité varie selon l'objet de la discrimination alléguée et la disposition constitutionnelle invoquée. Ainsi, la *Privileges and Immunities clause* de l'article IV, § 2, cl. 1 n'est invocable que lorsqu'est en cause une activité « suffisamment importante pour l'économie nationale » et « pesant sur la vitalité de la Nation en tant qu'entité »⁶⁵⁶. Tel est le cas, par exemple, de l'accès aux activités économiques, aux juridictions, à la propriété et aux services médicaux⁶⁵⁷. Il en résulte qu'une discrimination relative aux loisirs de la population échappe à cette disposition⁶⁵⁸. En revanche, elle continue de relever de l'*Equal Protection clause*. La Cour met toutefois en œuvre, dans cette hypothèse, un contrôle minimal, conduisant en pratique à valider de telles mesures⁶⁵⁹.

Dans l'Union européenne, en raison d'une possible dissociation entre nationalité et résidence⁶⁶⁰, le principe d'égalité de traitement prend deux formes : l'interdiction des discriminations à raison de la nationalité⁶⁶¹ et l'interdiction des discriminations à raison de la résidence⁶⁶². Si le premier type de discrimination est invariablement qualifié de discrimination directe, le second, en revanche, soulève des difficultés de qualification⁶⁶³. En matière de prestation de services, les différences de traitement fondées sur la résidence sont, aux termes de l'article 61 TFUE, formellement interdites. Pour les autres libertés de circulation, il convient normalement de démontrer que de telles différences jouent concrètement en défaveur

⁶⁵⁵ *Saenz*, préc., 526 U.S., p. 500.

⁶⁵⁶ *Baldwin*, 436 U.S., préc., pp. 383 et 388.

⁶⁵⁷ *McBurney v. Young*, 667 F.3d 454, 463 (4th Cir. 2012).

⁶⁵⁸ *Baldwin*, 436 U.S. 371, préc. En l'espèce était contestée une taxe discriminatoire sur les permis de chasse délivrés par l'Etat du Montana.

⁶⁵⁹ *Id.* La Cour examine seulement que le moyen employé n'est pas déraisonnable au regard du but recherché (v. pp. 388 et s. de l'arrêt).

⁶⁶⁰ V. § 1, B de la présente section, *supra*.

⁶⁶¹ V. article 18 TFUE : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité » ; article 45 TFUE : « [La libre circulation des travailleurs] implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail » ; article 49, § 2 TFUE : « La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants » ; article 57, § 4 TFUE : « le prestataire [de services] peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'Etat membre où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants ».

⁶⁶² V. not. CJCE, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, préc.

⁶⁶³ V. § 1, B de la présente section, *supra*.

des non-nationaux. En pratique, on constate toutefois que le lien entre distinction fondée sur la résidence et discrimination à raison de la nationalité est largement présumé⁶⁶⁴.

2. Des fondements différents

153. Les droits à la libre circulation et à l'égalité de traitement sont à la fois reconnus aux opérateurs économiques et à tous les citoyens, mais là où les États-Unis ont clairement opté pour une logique politique, l'Union européenne a longtemps privilégié une approche économique.

154. Aux États-Unis, la Constitution n'opère aucune distinction entre les citoyens selon qu'ils exercent ou non une activité économique, même si une disposition telle que la clause de commerce a vocation à s'appliquer aux activités économiques, et donc à protéger plus particulièrement les opérateurs économiques⁶⁶⁵. La Cour Suprême a, en outre, affirmé que « *la poursuite d'une activité professionnelle constitu[ait] l'un des privilèges les plus fondamentaux protégés par la [Privileges and Immunities clause]* »⁶⁶⁶.

155. En revanche, les dispositions des traités communautaires bénéficiaient, au départ, aux seuls opérateurs économiques, c'est-à-dire aux travailleurs salariés et non salariés, ainsi qu'aux prestataires de services. Ce n'est qu'en 1992 qu'est créé le statut de citoyen européen qui élargit le champ des bénéficiaires du droit à la libre circulation à tous les ressortissants des États membres et ajoute ainsi une dimension politique à la construction économique du marché intérieur. Cette approche politique ne s'est toutefois pas totalement substituée à la construction économique, comme l'atteste la directive de 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres⁶⁶⁷. Tout en consacrant la liberté de circulation et de séjour en tant que droit inhérent à la qualité de citoyen européen, celle-ci maintient certaines limites antérieures, telles les conditions de ressources et d'assurance

⁶⁶⁴ Le critère de la résidence conduit davantage à des discussions sur la comparabilité des situations que sur le traitement défavorable des non-nationaux. Il apparaît, souvent, qu'une fois la comparabilité établie, la Cour de justice présume la discrimination sans chercher véritablement à la démontrer. V. *infra* B, 3 du présent §.

⁶⁶⁵ Toutefois, la clause de commerce est parfois appliquée à des cas d'espèce présentant peu de lien avec l'exercice d'une activité économique (v. par ex. *Edwards*, 314 U.S. 160, préc., à propos d'une mesure californienne punissant le transport et l'aide au séjour des indigents non citoyens de l'État. Le transport relevant du commerce, la Cour Suprême a estimé que l'article I, clause 8 était applicable).

⁶⁶⁶ *Building Trades Council v. Mayor of Camden*, 465 U.S. 208, 219 (1984).

⁶⁶⁷ Préc.

maladie⁶⁶⁸. De telles exigences sont conformes au traité puisque, si l'article 21 TFUE a étendu le droit à la libre circulation à tous les citoyens, qu'ils exercent une activité économique ou non, il comporte une réserve importante. Le droit de circuler n'est, en effet, accordé que « *sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour son application* ». Le droit de séjourner, en particulier, n'est pas inconditionné et dépend encore largement de l'exercice d'une activité économique⁶⁶⁹ ou de la poursuite d'études sur le territoire de l'Etat d'accueil. De même, l'article 18 TFUE n'est invocable que « *dans le domaine d'application des traités* », ce qui a conduit la Cour à rejeter certains recours⁶⁷⁰. Un certain nombre de ressortissants communautaires sont donc potentiellement exclus du champ d'application du traité, notamment ceux ne disposant pas de moyens de subsistance suffisants⁶⁷¹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains auteurs ont développé l'idée d'une « *citoyenneté de marché* »⁶⁷². Contrairement au droit américain⁶⁷³, le droit à la libre circulation du citoyen européen n'est donc pas absolu. L'Union européenne, pour reprendre les termes du professeur BURGORGUE-LARSEN, ne s'est pas encore détachée de son « *atavisme économique* »⁶⁷⁴.

156. Ici se manifeste une différence fondamentale dans les constructions communautaire et américaine : alors que la libre circulation est originellement conçue dans l'Union européenne

⁶⁶⁸ V. Article 7 de la directive. La même condition est exigée de la part des étudiants (article 1^{er} de la directive 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants (JO L 317 du 18.12.1992, p. 59)).

⁶⁶⁹ Il n'est pas nécessaire que la personne qui prétend au bénéfice des dispositions du traité exerce elle-même une activité économique puisque les règlements 612/68 et 2004/38 ont étendu les droits à la libre circulation et au traitement national au conjoint et aux enfants de moins de 21 ans ou toujours à charge. Toutefois, comme la Cour l'a notamment précisé dans l'arrêt *Mattern et Cikotic*, ce droit « *est lié à ceux que détient ce travailleur en vertu de l'article [45 TFUE]* ». Ils n'existent que dans la mesure où le conjoint ou ascendant, ressortissant communautaire, exerce une activité économique dans l'Etat membre d'accueil (CJCE, 30 mars 2006, *Mattern et Cikotic*, aff. C-10/05, *Rec.* p. 3145) ou a exercé une telle activité dans un Etat membre avant de retourner dans son Etat d'origine (CJCE, 11 décembre 2007, *Eind*, aff. C-291/05, *Rec.* p. I-10719). L'exercice d'une activité économique peut, cependant, n'être que potentiel puisqu'un ressortissant communautaire peut se déplacer sur le territoire d'un Etat pour y rechercher un emploi (droit consacré par le règlement 1612/68).

⁶⁷⁰ V. par ex. CJCE, *Driancourt c/ Cognet*, aff. 355/85, *préc.*

⁶⁷¹ V. en ce sens A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, *spéc.* p. 554.

⁶⁷² V. par ex. M. BENLOLO CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne...*, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁷³ V. not. G. M. ROSBERG, "Free Movement of Persons in the United States", *op. cit.*, p. 285 ; C. TIMMERMANS, "Lifting the Veil of Union Citizens' Rights", *op. cit.*, p. 205.

⁶⁷⁴ Préface à la thèse d'E. DUBOUT (E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE...*, *op. cit.*, p. XII).

comme un instrument de réalisation du marché intérieur⁶⁷⁵, aux Etats-Unis, elle a précédé l'idée même d'union économique et s'en détache entièrement. Ainsi, l'article 4 des articles de la Confédération reconnaissait aux citoyens américains un droit d'accès et de sortie des territoires de tous les Etats, indépendamment de l'exercice d'une activité économique⁶⁷⁶. C'est parce que « *nous sommes un peuple, avec un pays commun. Nous sommes tous les citoyens des Etats-Unis [...]* »⁶⁷⁷, que la Cour Suprême a consacré le droit de circuler librement. Aussi, pour reprendre les termes du professeur CONTE, là où « *l'unité économique est une finalité fondamentale en soi dans l'Union européenne, aux Etats-Unis, l'unité économique constitue seulement une partie de l'unité nationale* »⁶⁷⁸. La « citoyenneté économique » ne précède pas la « citoyenneté politique » mais « *vient [...] secourir et renforcer les droits dérivant de la citoyenneté politique face aux législations des Etats* »⁶⁷⁹.

157. Si les fondements de la libre circulation des personnes divergent, les conséquences sont dans une certaine mesure similaires : les citoyens ont le droit de se déplacer d'un territoire à l'autre et il est interdit aux Etats de favoriser leurs propres ressortissants. Eu égard à la grande diversité des mesures ayant pu faire l'objet de contestations à ce double titre, nous ne retiendrons que quelques exemples jurisprudentiels communs.

B. Une mise en œuvre variable des droits du citoyen

158. Liberté de circulation et égalité de traitement impliquent, en premier lieu, un libre accès des citoyens au marché du travail et des modalités d'exercice des activités économiques non-discriminatoires (1). Ces principes n'auraient qu'une portée limitée si l'environnement réglementaire étatique s'avérait hostile à l'égard des ressortissants non nationaux ou non résidents⁶⁸⁰. Aussi les juridictions ont-elles été amenées à poser des règles quant à l'attribution

⁶⁷⁵ M. POIARES MADURO, *We the Court...*, *op. cit.*, p. 142.

⁶⁷⁶ V. à propos de cette disposition G. M. ROSBERG, "Free Movement of Persons in the United States", *op. cit.*, pp. 277-278 et p. 280

⁶⁷⁷ *Smith v. Turner* ("Passenger Cases"), 48 U.S. 283, 492 (1849).

⁶⁷⁸ F. J.CONTE, "Sink or Swim Together...", *préc.*, p. 354.

⁶⁷⁹ F. MAUPAIN, *L'intégration économique et l'intégration juridique...*, *op. cit.*, p. 148.

⁶⁸⁰ C'est pourquoi la CJUE a toujours opéré une interprétation large des dispositions du traité estimant que l'interdiction des discriminations ne concernait pas uniquement les règles spécifiques relatives à l'exercice d'une activité professionnelle mais également les règles « *relatives aux diverses facultés générales, utiles à l'exercice de ces activités* », telles les mesures relatives à l'accès au logement, aux prestations sociales, etc. (v. par ex. en matière de liberté d'établissement, CJCE, 14 janvier 1988, *Commission c/ Italie*, aff. 63/86, *Rec.* p. 29, pt 14).

des avantages sociaux par les Etats (2) et quant à la fiscalité des revenus (3).

1. Libre accès au marché du travail et interdiction des discriminations relatives à l'exercice des activités économiques

159. Aux Etats-Unis comme dans l'Union européenne, les Etats doivent permettre à tout citoyen de l'Union d'accéder librement au marché du travail. En outre, ils ne peuvent réglementer différemment les modalités d'exercice des activités économiques selon qu'elles sont exercées par leurs ressortissants ou par les ressortissants d'autres Etats (α).

On relèvera toutefois le cas particulier de la profession d'avocat, qui demeure soumise aux Etats-Unis à des contraintes territoriales fortes, alors que le droit communautaire a procédé à une large libéralisation de l'activité (β).

α. Principes généraux

160. Concernant l'accès au marché du travail, deux grandes règles se dégagent dans l'Union européenne.

En premier lieu, les Etats ne peuvent, sauf exception, réserver une activité à leurs ressortissants nationaux⁶⁸¹ ou à leurs résidents⁶⁸². Il s'agit là de l'application classique du principe de non-discrimination, qui s'impose également, en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, à certaines personnes privées, telles que les employeurs⁶⁸³.

En second lieu, lorsqu'ils soumettent l'exercice d'une activité à des conditions préalables de qualifications⁶⁸⁴, les Etats sont dans l'obligation de prendre en compte les qualifications équivalentes obtenues dans les autres Etats membres, soit de manière automatique en vertu des directives qui ont pu être adoptées en matière de reconnaissance mutuelle des diplômes⁶⁸⁵, soit après examen des qualifications obtenues dans l'Etat d'origine, en vertu des dispositions

⁶⁸¹ V. les articles 45, 49 §2 et 57 §4 TFUE. Le traité prévoit des exceptions à ce principe. V. *infra*, 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, § 2, A, 1, β.

⁶⁸² V. par ex. CJCE, 6 juin 1996, *Commission c/ Italie* (« activités de courtage »), aff. C-101/94, *Rec.* p. I-2691.

⁶⁸³ CJCE, *Angonese*, aff. C-281/98, préc.

⁶⁸⁴ Ce qu'ils sont autorisés à faire en l'absence de directives de reconnaissance mutuelle des diplômes (v. not. CJCE, 15 octobre 1987, *Unectef c/ Heylens e.a.*, aff. 222/86, *Rec.* p. 4097, pt 10 ; CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard c/ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, *Rec.* p. I-4165, pt 36).

⁶⁸⁵ V. not. la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO L 255, p. 22).

du traité⁶⁸⁶. Cette obligation d'examiner l'équivalence n'équivaut toutefois pas à l'obligation d'accepter tout diplôme permettant dans un Etat membre d'exercer une activité déterminée⁶⁸⁷. L'exigence d'une qualification obtenue sur le territoire national, si elle est indistinctement applicable aux nationaux et aux ressortissants des autres Etats membres, n'en est pas moins discriminatoire dans les faits puisqu'elle pénalise davantage les ressortissants d'autres Etats⁶⁸⁸.

161. Eu égard aux conditions d'exercice de l'activité économique, le principe est l'application du traitement national : les opérateurs économiques doivent, en principe, respecter l'intégralité de la législation de l'Etat d'accueil, sous réserve que les dispositions n'aient pas d'effet discriminatoire⁶⁸⁹. Cette règle n'est, toutefois, que partiellement applicable en matière de libre prestation de services : étant donné le caractère temporaire de l'activité⁶⁹⁰, la soumission du prestataire à l'intégralité des exigences de l'Etat d'accueil apparaît disproportionnée⁶⁹¹. L'Etat d'accueil doit dès lors démontrer, d'une part, que la mesure appliquée est nécessaire et, d'autre part, que les exigences qu'elle impose ne sont pas déjà remplies dans l'Etat d'origine⁶⁹².

162. Aux Etats-Unis, le droit à la libre circulation et au traitement non discriminatoire est le même que le citoyen exerce ou non une activité économique. De nombreuses affaires traitées par les juridictions concernent toutefois l'exercice des activités économiques.

⁶⁸⁶ V. not. CJCE, *Choquet*, aff. 16/78, préc. ; CJCE, *Heylens*, aff. 222/86, préc. ; CJCE, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, préc. ; CJCE, 9 septembre 2003, *Burbaud*, aff. C-285/01, *Rec.* p. I-8219.

⁶⁸⁷ V. par ex. CJCE, 3 octobre 1990, *Bouchoucha*, aff. C-61/89, *Rec.* p. I-3551.

⁶⁸⁸ V. en ce sens le point 7 des conclusions de l'avocat général VAN GERVEN sous l'arrêt *Kraus* (CJCE, *Kraus*, aff. C-19/92, préc.). V. également D. MARTIN, « "Discriminations", "entraves" et "raisons impérieuses" dans le traité CE: trois concepts en quête d'identité », *CDE*, n° 5-6, 1998, p. 587 ; S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, *op. cit.*, pp. 228 et s. ; G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, *op. cit.*, p. 81.

⁶⁸⁹ Toutefois, la Cour est allée au-delà du principe du traitement national dans certaines hypothèses. V. à ce propos, *infra*, titre 2 de la présente partie.

⁶⁹⁰ Sur la définition de la prestation de services et sur la distinction services / établissement, v. par ex. CJCE, 17 décembre 1981, *Webb*, aff. 279/80, *Rec.* p. 3305 ; CJCE, *Gebhard*, aff. C-55/94, préc. ; CJCE, *Schnitzer*, aff. C-215/01, préc. ; CJUE, 8 septembre 2010, *Markus Stoß*, aff. jtes C-316, 358 à 360, 409 et 410/07, *Rec.* p. I-8069.

⁶⁹¹ V. par ex. CJCE, *Webb*, aff. 279/80, préc., pt 16 ; CJCE, 25 février 1988, *Commission c/ Allemagne* (« *avocats* »), aff. 427/85, *Rec.* p. 1123 ; CJCE, 26 février 1991, *Commission c/ France* (« *guides touristiques français* »), aff. C-154/89, *Rec.* p. I-659 ; CJCE, *Säger*, aff. C-76/90, préc., pt 13 ; CJCE, 3 octobre 2000, *Corsten*, aff. C-58/98, *Rec.* p. I-7919, pt 43.

⁶⁹² V. par ex. CJCE, *Webb*, aff. 279/80, préc., pt 17 ; CJCE, *avocats*, aff. 427/85, préc., pt 12. En pratique la première condition comporte la seconde puisque si l'exigence est déjà remplie dans l'Etat d'origine, elle ne peut être considérée comme nécessaire dans l'Etat d'accueil. A ce propos, v. le titre 2 de la présente partie ainsi que la 2^{ème} partie, titre 2, section 1, § 2, B, 1, *infra*.

En matière d'accès au marché du travail, le principe est le même que dans l'Union européenne : les Etats ne peuvent, en principe, réserver l'exercice de certaines activités à leurs résidents⁶⁹³. Toutefois, des exceptions ont été admises, notamment lorsque l'Etat intervient non pas en sa qualité de législateur mais d'opérateur économique et notamment d'employeur. Il en résulte que, si un Etat ne peut, en vertu de la *Privileges and Immunities clause*, obliger des entreprises à employer des résidents étatiques⁶⁹⁴, il peut, en revanche, réserver les emplois dans l'administration aux personnes résidant sur son territoire⁶⁹⁵.

Par ailleurs, les conditions d'accès au marché du travail ne doivent pas être discriminatoires. Ainsi, la Cour d'appel du 5^{ème} circuit a jugé contraire à la clause de commerce une réglementation locale imposant aux entreprises un enregistrement préalable des travailleurs non résidents⁶⁹⁶.

En matière de qualifications, les études sont largement uniformisées à travers l'Union et des systèmes de reconnaissance des diplômes ont été mis en place. Pour les professions réglementées, le système classique est la validation, par des organismes, des diplômes attribués par les universités⁶⁹⁷. Ces diplômes sont alors reconnus sur l'ensemble du territoire américain⁶⁹⁸.

β. Le cas particulier des avocats

163. Exigeant à la fois une expertise juridique et le respect d'une certaine déontologie, l'accès à la profession d'avocats et son exercice sont étroitement contrôlés par les Etats, tant en Europe qu'aux Etats-Unis. Ce contrôle prend à la fois la forme de conditions d'accès aux

⁶⁹³ Hicklin v. Orbeck, 437 U.S. 518 (1978) ; *BT Inv. Managers, Inc.*, 447 U.S. 27, préc. V. également *National Revenue Corp. v. Violet*, 807 F.2d 285 (1st Cir. 1986).

⁶⁹⁴ V. par ex. *Building Trades Council*, 465 U.S. 208, préc.

⁶⁹⁵ V. par ex. *Detroit Police Officers Assn. v. City of Detroit*, 405 U.S. 950 (1972) ; *McCarthy v. Philadelphia Civil Svc. Comm'n*, 424 U.S. 645 (1976).

⁶⁹⁶ *Service Machine & Shipbuilding Corp. et al. v. Edwin W. Edwards et al.*, 617 F.2d 70 (5th Cir. 1980).

⁶⁹⁷ Ces organismes professionnels sont notamment chargés d'établir des règles minimales en matière de durée des études, des connaissances requises, etc. Il en résulte un certain rapprochement du régime des études sur l'ensemble du territoire américain.

⁶⁹⁸ Par ex. pour la profession d'architecte, les Etats exigent généralement que le candidat ait obtenu un diplôme dans une institution accréditée par le *National Architectural Accrediting Board*, qu'il ait accompli une période de stage et qu'il ait obtenu l'*Architect Registration Exam*. Cet examen est national et n'a donc pas à être repassé dans chaque Etat où l'architecte souhaite s'établir. Le principe est similaire pour les médecins : tout diplômé d'une école de médecine reconnue et ayant effectué les périodes de stage requises, peut obtenir une licence dans n'importe quel Etat (le site internet du Council on Licensure, Enforcement and Regulation permet d'accéder aux réglementations de chaque Etat concernant les professions réglementées : www.clearhq.org/boards.htm).

barreaux étatiques (i) et de limitations concernant la fourniture de services par des avocats ayant obtenu leurs titres dans d'autres Etats (ii). Le fractionnement du marché qui en résulte a conduit le juge et le législateur communautaires à poser des règles visant à garantir le libre exercice de la profession d'avocats sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne⁶⁹⁹. Par contraste, aucune réglementation fédérale américaine n'est venue libéraliser cette activité, laissant le champ entièrement libre aux Etats. La Cour Suprême, saisie à plusieurs reprises de la constitutionnalité de règles étatiques entravant la prestation de services en la matière, a posé des limites quant à l'admission aux barreaux des Etats tout en rejetant tout recours concernant l'exercice même de l'activité.

i. L'admission aux barreaux des Etats

164. Un avocat souhaitant s'établir sur le territoire d'un Etat doit, en principe, préalablement passer les examens ouvrant droit à l'exercice de la profession dans cet Etat. Dans l'Union européenne comme aux Etats-Unis, certains Etats ont tenté de limiter l'accès à leur barreau en posant des conditions jugées contraire aux principes « constitutionnels » par les juridictions.

165. Dans l'Union européenne, la Cour de justice a estimé, en 1974, qu'un Etat ne pouvait réserver l'exercice de la profession d'avocat à ses ressortissants⁷⁰⁰. Elle a écarté, à cette occasion, l'exception figurant à l'article 51 TFUE qui permet de réserver aux nationaux les activités participant à l'exercice de l'autorité publique. En effet, « *on ne saurait* », selon la Cour, « *donner cette qualification, dans le cadre d'une profession libérale comme celle de l'avocat, à des activités telles que la consultation et l'assistance juridique, ou la représentation et la défense des parties en justice, même si l'accomplissement de ces activités fait l'objet d'une obligation ou d'une exclusivité établies par la loi* »⁷⁰¹. De même, un Etat membre ne peut refuser l'accès à la profession sur son territoire au motif que l'intéressé est déjà établi dans un autre Etat membre. L'exigence d'exclusivité du domicile professionnel dans l'Etat d'accueil est en effet contraire à l'article 49 TFUE qui étend la liberté d'établissement à « la création d'agences, de succursales ou de filiales »⁷⁰².

⁶⁹⁹ Articles 49 et 56 TFUE ainsi que les directives 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats (JO L 78, p. 17) et 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise (JO L 77, p. 36).

⁷⁰⁰ CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, *Rec.* p. 631.

⁷⁰¹ Pt 55 de l'arrêt.

⁷⁰² CJCE, 12 juillet 1984, *Klopp*, aff. 107/83, *Rec.* p. 2971.

166. Concernant les qualifications ouvrant droit à l'exercice de la profession d'avocat, les juges de Luxembourg ont d'abord estimé en 1977 qu'un Etat ne pouvait exiger « *d'un ressortissant d'un Etat membre désirant exercer une activité professionnelle dans un autre Etat membre, telle que la profession d'avocat, le diplôme national prévu par la législation du pays d'établissement alors que le diplôme que l'intéressé a obtenu dans son pays d'origine a fait l'objet d'une reconnaissance d'équivalence par l'autorité compétente en vertu de la législation du pays d'établissement et lui a ainsi permis de passer avec succès les épreuves spéciales de l'examen d'aptitude à la professions en cause* »⁷⁰³. Allant plus loin en 1991, ils ont jugé que les Etats étaient tenu « *de prendre en considération les diplômes, certificats et autres titres que l'intéressé a acquis dans le but d'exercer [la profession d'avocat] dans un autre Etat membre en procédant à une comparaison entre les compétences attestées par ces diplômes et les connaissances et qualifications exigées par les règles nationales* »⁷⁰⁴. Ils précisent que « *si cet examen comparatif aboutit à la constatation que les connaissances et qualifications attestées par le diplôme étranger correspondent à celles exigées par les dispositions nationales, l'Etat membre est tenu d'admettre que ce diplôme remplit les conditions posées par celles-ci* »⁷⁰⁵. La Cour a ainsi supprimé toute possibilité d'exiger, de manière impérative, le diplôme national d'avocat pour s'inscrire à un barreau national.

167. Le législateur communautaire est venu confirmer et compléter les règles posées par la Cour dans sa directive de 1998 relative à la liberté d'établissement des avocats⁷⁰⁶. D'une part, les avocats ayant obtenu leur titre dans un Etat membre sont libres de s'établir dans n'importe quel Etat de l'Union européenne. A cette fin, ils doivent seulement produire une attestation de leur inscription auprès de leur Etat membre d'origine⁷⁰⁷, toute autre condition étant

⁷⁰³ CJCE, 28 avril 1977, *Thieffry*, aff. 71/76, *Rec.* p. 765, pt 27. En l'espèce, M. Thieffry, titulaire d'un doctorat en droit en Belgique, avait vu reconnaître en France l'équivalence de son niveau d'étude avec une licence française. Il avait ensuite obtenu le C.F.P.A mais l'inscription au barreau de Paris lui avait été refusée au motif qu'il n'était titulaire ni d'une licence, ni d'un doctorat français.

⁷⁰⁴ CJCE, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, *préc.*, pt 16. V. dans le même sens, CJCE, *Gebhard*, aff. C-55/94, *préc.*, pt 38.

⁷⁰⁵ Pt 19. « *Si par contre, la comparaison ne révèle qu'une correspondance partielle entre ces connaissances et qualifications, l'Etat membre d'accueil est en droit d'exiger que l'intéressé démontre qu'il a acquis les connaissances et qualifications manquantes* » (*id.*). L'Etat d'accueil peut exiger que ces connaissances et qualifications portent sur son droit national. En conséquence, le fait d'avoir suivi, avec succès, des études de droit dans son Etat d'origine peut ne pas être suffisant (v. CJCE, 10 décembre 2009, *Pešla*, aff. C-345/08, *Rec.* p. I-11677).

⁷⁰⁶ Directive 98/5/CE, *préc.*

⁷⁰⁷ Article 3 de la directive, *préc.*

prohibée⁷⁰⁸. Cette faculté est assortie de règles visant à assurer la protection des justiciables et la bonne administration de la justice, telles l'obligation d'exercer sous son titre d'origine⁷⁰⁹. D'autre part, l'article 10 de la directive offre la possibilité aux avocats établis dans un Etat membre autre que celui où ils ont acquis leur qualification d'exercer leur activité sous le titre de l'Etat d'établissement sans avoir à subir les examens nationaux. A cette fin, ils doivent justifier d'une activité effective et régulière d'une durée d'au moins trois ans dans cet Etat⁷¹⁰. Si leur activité a porté sur le droit national, leur demande doit être automatiquement acceptée, sous réserve des vérifications relatives à l'expérience⁷¹¹. Dans le cas contraire, l'Etat dispose d'un certain pouvoir d'appréciation, subordonné, toutefois, à la prise en compte des connaissances acquises au travers de l'expérience ou d'éventuels cours, à la motivation de la décision et à l'existence de voies de recours⁷¹².

168. Aux Etats-Unis, tout étudiant ayant obtenu un diplôme de droit dans une école reconnue par l'*American Bar Association*⁷¹³ peut se présenter à l'examen d'entrée au barreau de n'importe quel Etat. Toute condition préalable de résidence dans l'Etat a été jugée contraire à la *Privileges and Immunities clause* par la Cour Suprême⁷¹⁴. De même, les juges ont déclaré inconstitutionnelle l'exigence de posséder la nationalité américaine pour se présenter aux

⁷⁰⁸ V. en ce sens CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson*, aff. C-506/04, *Rec.* p. I-8613 et CJCE, 19 septembre 2006, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-193/05, *Rec.* p. I-8673 (à propos, not., d'un contrôle préalable des connaissances linguistiques). La Cour juge que « le législateur communautaire a procédé, à l'article 3 de cette directive, à une harmonisation complète des conditions préalables requises pour l'usage du droit conféré par celle-ci » (*Wilson*, pt 66 et *Commission c/ Luxembourg*, pt 36).

⁷⁰⁹ Article 4 de la directive, préc.

⁷¹⁰ Article 10 de la directive préc. Si cette condition n'est pas remplie, les avocats établis dans un Etat membre autre que celui où ils ont acquis leur qualification ont également la possibilité d'invoquer la directive 89/48/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JO L 19, p. 16) et de passer un test d'aptitude afin de pouvoir exercer sous le titre de l'Etat d'accueil (CJUE, 3 février 2011, *Ebert*, aff. C-359/09, *Rec.* p. I-269).

⁷¹¹ Article 10, §1.

⁷¹² Article 10, §3.

⁷¹³ Une majorité d'Etats admettent en pratique des diplômes non fournis par une *law school* reconnue. Les exigences sont alors très variables d'un Etat à l'autre : certains imposent que la *law school* non agréée se situe dans l'Etat ; d'autres acceptent tout diplôme d'une *law school* non agréée située sur le territoire américain. Plusieurs Etats enfin ne conditionnent pas l'inscription à l'examen à la poursuite antérieure d'études de droit, se contentant d'un diplôme universitaire (cas de l'Ohio et de l'Oklahoma par ex.). Quoi qu'il en soit, tous acceptent la candidature d'étudiants ayant reçu leur diplôme d'une *law school* approuvée par l'*American Bar Association*.

⁷¹⁴ V. *New Hampshire v. Piper*, 470 U.S. 274 (1985) ; *Barnard v. Thorstenn*, 489 U.S. 546 (1989). La décision a été étendue aux avocats admis au barreau *on motion* c'est-à-dire, sans avoir passé l'examen, sur la base d'un accord de réciprocité avec d'autres Etats (*Supreme Court of Virginia v. Friedman*, 487 U.S. 59 (1988)).

examens du barreau⁷¹⁵. Dans les deux hypothèses, la Cour a écarté un argument similaire à celui invoqué dans l'affaire *Reyners*⁷¹⁶ en Europe et selon lequel les discriminations en la matière seraient autorisées car les avocats participeraient à « l'exercice du pouvoir étatique »⁷¹⁷. La Cour a constaté que les avocats, même s'ils remplissaient des fonctions importantes, n'en exerçaient pas moins une activité privée ne pouvant être assimilée à une fonction publique. En revanche, l'exigence que le futur avocat exerce à plein temps son activité dans l'Etat dans lequel il est admis semble conforme à la Constitution⁷¹⁸. En Europe, une telle condition serait très probablement jugée contraire au droit primaire et dérivé, compte tenu, notamment, de la jurisprudence *Klopp*⁷¹⁹.

169. Toutefois, et contrairement au droit de l'UE, il n'existe pas de règles fédérales de reconnaissance des titres. Autrement dit, les Etats sont totalement libres de subordonner l'inscription à leur barreau à la réussite de l'examen étatique. En pratique, il existe de nombreux accords entre Etats de reconnaissance mutuelle des titres⁷²⁰. Il s'agit toutefois, d'une simple faculté et, aucune règle constitutionnelle américaine n'impose aux Etats d'apprécier l'équivalence des diplômes et d'accorder le titre d'avocat sur le fondement de l'expérience professionnelle. Cette compétence exclusive des Etats est évidemment préjudiciable à la circulation des avocats et à leur liberté d'établissement.

ii. La prestation de services juridiques

170. Dans une économie en voie de globalisation, la pratique transnationale du droit s'accroît

⁷¹⁵ *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973).

⁷¹⁶ CJCE, *Reyners*, aff. 2/74, préc.

⁷¹⁷ *In re Griffiths*, 413 U.S., préc., p. 728 ; *Piper*, 470 U.S., préc., pp. 282-283.

⁷¹⁸ *Friedman*, 487 U.S. 59, préc. Dans cette affaire était en cause la condition de résidence imposée par le barreau de Virginie pour être admis *on motion* dans l'Etat. A cette condition s'ajoutait notamment l'obligation d'exercer à plein temps dans l'Etat et d'y établir un domicile professionnel. La Cour Suprême a jugé que cette dernière exigence suffisait à garantir que l'avocat respecterait ses obligations professionnelles et déontologiques et que, en conséquence, la condition de résidence n'était pas justifiée. Plusieurs juridictions ont, par la suite, confirmé que l'exigence d'un établissement professionnel dans l'Etat était conforme à la Constitution (v. par ex. *Kleinsmith v. Shurtleff*, 571 F.3d 1033 (10th Cir. 2009)).

⁷¹⁹ CJCE, *Klopp*, aff. 107/83, préc. V. *supra*.

⁷²⁰ *Admission on Motion*. A l'exigence de réciprocité, s'ajoute, en principe, une exigence d'expérience variant d'un Etat à l'autre. En 2008, une vingtaine d'Etats exigent toujours des avocats d'autres Etats qu'ils passent un examen (certains d'entre eux ayant cependant prévu un examen spécial pour les avocats déjà qualifiés dans d'autres Etats). A l'inverse quelques Etats reconnaissent les diplômes acquis dans tout Etat, la réciprocité n'étant pas exigée (v. le *Comprehensive Guide to Bar Admission Requirements* de 2013 publié par la *National Conference of Bar Examiners* et l'*American Bar Association*, disponible sur le site internet de la *National Conference of Bar Examiners* : www.ncbex.org).

et le recours à des avocats établis dans d'autres Etats devient plus fréquent. Pour des raisons à la fois légitimes – protection des clients, respect des règles déontologiques, etc. – et contestables – protection des avocats locaux par exemple – certains Etats ont pu limiter, voire interdire, sur leur territoire la fourniture de services juridiques par des avocats non inscrits à leurs barreaux. Alors que le droit communautaire a interdit de telles pratiques, le droit fédéral américain a été jugé inapplicable dans de telles circonstances⁷²¹. En conséquence, il convient de se référer au droit de chaque Etat pour déterminer si l'exercice de la profession est licite et pour identifier les activités permises ou interdites.

171. Dans l'Union européenne, la directive de 1977 permet à tout avocat reconnu comme tel dans son Etat membre d'origine de fournir ses services dans les autres Etats membres de l'Union⁷²². L'Etat d'accueil ne peut, à cette occasion, exiger que l'avocat établisse sa résidence sur son territoire ou s'inscrive auprès d'une organisation professionnelle⁷²³. Un certain nombre de limites et garanties ont certes été prévues, mais celles-ci ont été interprétées strictement par la Cour de justice. Ainsi l'article 5 prévoit la possibilité pour les Etats d'imposer aux avocats faisant usage de leur droit à la libre circulation « *d'agir de concert soit avec un avocat exerçant auprès de la juridiction saisie et qui serait responsable, s'il y a lieu, à l'égard de cette juridiction, soit avec un « avoué » ou « un procureur » exerçant auprès d'elle* ». Saisie d'une réglementation allemande généralisant cette assistance, la Cour de justice a constaté une violation de la directive, notamment dans les cas où la « *législation [nationale] n'impose pas l'assistance obligatoire d'un avocat* »⁷²⁴. De même, un Etat ne peut imposer la présence continue de l'avocat national lors d'une procédure orale devant les juridictions ou que cet avocat soit lui-même défenseur⁷²⁵. Par ailleurs, le manque éventuel de connaissance du droit national ne saurait justifier des restrictions à la libre prestation de

⁷²¹ *Leis v. Flynt*, 439 U.S. 438 (1979).

⁷²² Article 2 de la directive 77/249/CEE, préc.

⁷²³ Art. 4, §1 de la directive 77/249/CEE, préc. La Cour de justice, avant même l'adoption de la directive, avait déjà qualifié d'entrave l'exigence d'un établissement stable dans l'Etat d'accueil, libéralisant ainsi la prestation de services juridiques. Elle avait cependant nuancé son jugement en affirmant qu'on, « *ne saurait [...] considérer comme incompatible avec le traité les exigences spécifiques imposées au prestataire, qui seraient motivées par l'application de règles professionnelles justifiées par l'intérêt général – notamment les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité [...]* » (CJCE, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, préc., pts 10-12).

⁷²⁴ CJCE, *avocats*, aff. 427/85, préc., pt 15.

⁷²⁵ *Id*, pt 26.

services, le client « *étant libre de confier ses intérêts à l'avocat de son choix* »⁷²⁶.

172. Si un avocat peut offrir ses services dans d'autres Etats membres que celui dans lequel il a obtenu son titre, il doit, néanmoins, dans ce cadre respecter les règles professionnelles et déontologiques de l'Etat d'accueil⁷²⁷. En outre, il doit exercer son activité sous son titre d'origine⁷²⁸.

173. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême a constaté, dans un arrêt très discuté, que « *depuis la création de la République, l'autorisation et la réglementation des avocats ont été laissées à la compétence exclusive des Etats [...]* »⁷²⁹. Elle en a conclu que la Constitution n'était pas opposable à un Etat interdisant à un avocat non inscrit à son barreau d'exercer son activité sur son territoire⁷³⁰. Il ne faut toutefois pas en déduire qu'en pratique aucune prestation interétatique de services juridiques n'est fournie⁷³¹. Cette faculté relève cependant du pouvoir

⁷²⁶ *Id*, pt 27. Cet argument, employé aux Etats-Unis par une partie des juridictions et de la doctrine pour défendre une libéralisation des activités juridiques, est loin d'avoir convaincu la totalité des Etats. V. *infra*.

⁷²⁷ Article 4 de la directive, préc. V. à ce propos CJCE, 19 janvier 1988, *Gullung c/ Conseil de l'ordre des Avocats*, aff. 292/86, *Rec.* p. 111. Les règles de déontologie, si elles n'ont pas été harmonisées au niveau communautaire, tendent à se rapprocher sous l'influence du Conseil des barreaux européens (CCBE) qui a adopté en 1988 un code de déontologie (modifié à trois reprises depuis cette date). Ce code, qui n'acquiert de valeur contraignante qu'après adoption par les barreaux nationaux, vise à résoudre les conflits transfrontaliers résultant de l'application de plusieurs codes de déontologie. En outre, des règles communes régissant la profession d'avocat ont été dégagées dans la charte des principes essentiels de l'avocat européen de 2006 (textes consultables sur le site internet du CCBE). Enfin, des initiatives multilatérales ont vu le jour afin de rapprocher davantage les règles nationales : v. par ex. l'avant-projet de décision modifiant le règlement intérieur national de la profession d'avocat visant à établir des règles communes de déontologie en France, en Espagne et en Italie (consultable sur le site internet du Conseil National des Barreaux).

⁷²⁸ Article 3 de la directive, préc.

⁷²⁹ *Leis v. Flynt*, 439 U.S., préc., p. 442. La décision a été rendue par cinq voix contre quatre. Certaines juridictions fédérales avaient déjà pris position pour une applicabilité de la Constitution à l'exercice interétatique de l'activité d'avocat, en se fondant notamment sur le droit des clients de choisir leur avocat (v. not. *Spanos v. Skouras Theaters Corp.*, 364 F.2d 161 (2d Cir. 1966)). Néanmoins, un tel argument n'a, jusqu'à maintenant, pas prospéré devant la Cour Suprême.

⁷³⁰ En l'espèce, elle a jugé que la *due process clause* du 14^{ème} amendement n'était pas opposable au refus d'une juridiction d'admettre, dans un procès, des avocats non inscrits au barreau de l'Etat. Les avocats n'avaient pas été entendus sur leur cause et la décision n'avait pas été motivée. Ils estimaient donc que les garanties procédurales offertes par la clause avaient été méconnues. L'opinion majoritaire a estimé que la disposition n'était invocable qu'en cas de violation de certains intérêts protégés par une « source indépendante » du droit fédéral ou étatique (p. 441 de l'arrêt). Or, constatant que la Constitution ne protégeait pas le droit d'exercer l'activité d'avocat dans un Etat dans lequel les intéressés n'étaient pas inscrits et que le droit étatique applicable en l'espèce n'offrait aucune garantie quant à l'autorisation de plaider devant une juridiction, elle a considéré la *due process clause* comme inapplicable. Il convient de relever le cadre très spécifique de l'affaire dans laquelle l'application de la *Privileges and Immunities clause* n'a pas été discutée, ce qui pourrait ouvrir la voie à un revirement de jurisprudence. V. *infra*.

⁷³¹ Au contraire, la pratique s'est fortement développée (v. *Leis v. Flynt*, 439 U.S., préc., p. 449). Elle est toutefois risquée en cas de contestations des honoraires ou de poursuites pour exercice illégal du droit (v. à ce propos R. GOEBEL, "The Liberalization of Interstate Legal Practice in the European Union: Lessons for the United States", *Int'l Law*, vol. 34, 2000, p. 307, *spéc.* p. 327).

discrétionnaire de chaque Etat, et, à cet égard, d'importantes divergences apparaissent⁷³².

174. En théorie, l'exercice de l'activité d'avocat dans un autre Etat que celui du titre est assimilé par les juridictions étatiques à une pratique illégale de la profession d'avocat passible de sanctions disciplinaires et du non-paiement des honoraires⁷³³. Une majorité d'Etat ont en effet adhéré au modèle proposé par *l'American Bar Association* en matière de règles professionnelles de conduite qui interdit aux avocats de pratiquer le droit dans une juridiction en violation des règles de cette juridiction, y compris les règles d'admission au barreau⁷³⁴. L'attitude des tribunaux étatiques est toutefois très variable, certains ayant édicté une interdiction absolue pour les avocats d'autres Etats de conseiller ou représenter des clients sur leur territoire⁷³⁵, d'autres ayant adopté une position beaucoup plus libérale en la matière⁷³⁶. Il convient à cet égard de distinguer les conseils ponctuels que pourrait fournir un avocat, sans se déplacer de son lieu d'établissement, des services plus étendus, qui justifient sa présence dans l'Etat du client. Concernant les premières activités, les juridictions se sont plutôt montrées tolérantes⁷³⁷. En revanche, les secondes ont généralement suscité plus de sévérité, plusieurs juridictions ayant jugé, dans cette hypothèse, que les honoraires n'étaient pas dus⁷³⁸. La nature du litige constitue également pour certaines Cours un facteur d'appréciation. Ainsi,

⁷³² Pour une étude plus détaillée des approches des différents Etats, nous renvoyons not. à l'article du professeur R. GOEBEL, "The Liberalization of Interstate Legal Practice...", préc.

⁷³³ V. par ex., *Birbrower, Montalbano, Condon & Frank v. Superior Court*, 949 P.2d 1 (Cal. 1998) ; *Spivak v. Sachs*, 211 N.E.2d 329 (N.Y. 1965) ; *Ranta v. McCarney*, 391 N.W.2d 161 (N.D. 1986).

⁷³⁴ Model rules of professional conduct 5.5(a) (1998).

⁷³⁵ V. par ex., *Birbrower*, 949 P.2d 1, préc.

⁷³⁶ V. par ex. *Fought & Company Inc. V. Steel Engineering and Erection, Inc.*, 951 P.2d 487 (Haw. 1998). Il convient de relever, en l'espèce, que l'avocat en cause ne s'était pas rendu physiquement dans l'Etat de son client.

⁷³⁷ V. par ex. *El Gemayel v. Seaman*, 533 N.E.2d 245 (N.Y. 1988) ; *Estate of Condon v. McHenry*, 64 Cal. Rptr. 2d 789 (Cal. Ct. App. 1997). Dans les deux affaires, l'avocat fournissait ses services à partir de son Etat d'établissement et, en conséquence, les juridictions ont jugé les prestations licites. Toutefois, certaines juridictions ont qualifié de telles activités d'exercice illégal du droit (v. par ex. *Birbrower*, 949 P.2d 1, préc., pp. 5-6 : le fait de conseiller un client californien sur du droit californien à propos d'un litige se déroulant dans cet Etat peut constituer un exercice illégal du droit même si la prestation s'effectue par téléphone, fax ou ordinateur. La Cour considère toutefois que, dans une telle hypothèse, l'appréciation doit s'opérer au cas par cas).

⁷³⁸ Que l'avocat se rende temporairement dans un autre Etat que le sien ou qu'il s'y établisse. A l'égard de l'exercice temporaire : v. par ex. *Spivak v. Sachs*, 211 N.E.2d 329, préc. ; *Birbrower*, 949 P.2d 1, préc. Toutes les juridictions n'ont cependant pas adopté la position drastique des cours new-yorkaises ou californiennes en la matière (v. par ex. la position relativement conciliante de la Cour Suprême du New Jersey : *Appel v. Reiner*, 204 A.2d 146 (N.J. 1964) ; *In re Waring's Estate*, 221 A.2d 193 (N.J. 1966)). A l'égard de l'établissement permanent : v. *Perlah v. SEI Corp.*, 612 A.2d 806 (Conn. App. 1992) ; *Chandris v. Yanakis*, 668 So. 2d 180 (Fla. 1995) ; *Cleveland Bar Association v. Misch*, 695 N.E.2d 244 (Ohio 1998). Des exceptions ont toutefois été admises lorsque l'avocat intervenait en tant que juriste dans un cabinet d'avocats et ne conseillait pas directement les clients (v. par ex. *In re The Application of R.G.S.*, 541 A.2d 977 (Md 1988)).

si l'activité litigieuse concerne une matière juridique purement étatique – telle que le droit des successions, le droit de la famille, etc. –, elle est plus souvent jugée illicite. Si l'activité juridique concerne partiellement ou totalement le droit fédéral ou encore a trait à un arbitrage, elle semble, au contraire, plus facilement tolérée⁷³⁹.

175. Enfin, la représentation d'un client en justice nécessite l'autorisation préalable de la juridiction concernée⁷⁴⁰, sans que celle-ci ait, en vertu de la Constitution, une quelconque obligation d'entendre l'avocat ou de motiver sa décision⁷⁴¹. Là encore, les usages varient d'un Etat à l'autre⁷⁴².

176. La grande diversité des pratiques étatiques et les nuances jurisprudentielles conduisent à une importante insécurité juridique, souvent regrettée par la doctrine⁷⁴³. Surtout, elles emportent une fragmentation du marché doublement handicapante pour l'économie : d'une part, elles enclavent le marché des avocats ; d'autre part, elles obligent les entreprises à disposer d'un avocat dans tous les Etats où elles ont développé des activités. Les avantages des restrictions étatiques – protection des clients, contrôle du respect des règles déontologiques – apparaissent, pour beaucoup, peu convaincants en comparaison de tels inconvénients. C'est pourquoi, une partie de la doctrine américaine appelle la Cour Suprême à employer la *Privileges and Immunities clause* en la matière pour permettre une libéralisation de l'activité aux Etats-Unis⁷⁴⁴, autrement dit à renverser la jurisprudence *Leis v. Flynt*⁷⁴⁵. Elle estime notamment que la Cour pourrait étendre à la prestation de services les solutions qu'elle

⁷³⁹ V. par ex. *Williams v. John B. Quinn Construction Corp.*, 537 F. Supp. 613 (S.D.N.Y. 1982) : la juridiction a estimé qu'une procédure d'arbitrage échappait à l'interdiction faite aux avocats non inscrits au barreau d'exercer leur activité. D'autres tribunaux ont cependant jugé que l'interdiction s'étendait à de telles procédures (v. par ex. *Birbrower*, 949 P.2d, préc., p. 7).

⁷⁴⁰ *Pro hac vice admission*.

⁷⁴¹ *Leis v. Flynt*, 439 U.S., préc., 442.

⁷⁴² Les juridictions autorisent plus ou moins largement la représentation par un avocat non étatique, certaines motivent leurs décisions, d'autres non. Dans la plupart des Etats, il est exigé que l'avocat admis *pro hac vice* soit associé à un avocat local.

⁷⁴³ V. not. R. GOEBEL, "The Liberalization of Interstate Legal Practice...", préc., pp. 334 et s. Le professeur GOEBEL cite à cet égard un certain nombre d'auteurs qui dénoncent cette opacité.

⁷⁴⁴ A. TURINA, "Temporary Interstate Transactional Practice in the United States and Europe – Keeping Up with Modern Commercial Realities", *B.C.I.C.L.R.*, vol. 28, 2005, p. 225, spéc. p. 227: "Maybe it is time for the Supreme Court to adopt a more liberal jurisprudence along the lines of that adopted by the ECJ and re-examine the application of the Privileges and Immunities Clause to transactional interstate practice".

⁷⁴⁵ 439 U.S. 438 (1979). Théoriquement, une alternative au renversement de jurisprudence existe : l'adoption d'une réglementation fédérale préemptant les législations étatiques. En pratique, cependant, une telle intervention du Congrès apparaît politiquement improbable (v. R. GOEBEL, "The Liberalization of Interstate Legal Practice...", préc., p. 338).

a dégagées à l'égard des conditions d'accès à la profession, en considérant que les mesures discriminatoires des Etats ne sont pas nécessaires pour atteindre les buts recherchés (tels que la connaissance du droit étatique, la protection des clients ou encore le respect des règles déontologiques)⁷⁴⁶. Ainsi un client devrait pouvoir faire appel, dans des matières telles que le droit fédéral ou dans le cas d'un arbitrage, à un avocat établi dans un autre Etat. En matière contentieuse, même si une connaissance des procédures étatiques apparaît nécessaire, un avocat extra-étatique devrait pouvoir plaider en collaboration avec un avocat local, comme c'est le cas en Europe⁷⁴⁷. Si ces solutions sont déjà mises en œuvre dans certaines juridictions, leur généralisation apparaît pour certains souhaitable et surtout réalisable lorsque l'on considère l'expérience communautaire⁷⁴⁸. Les Etats membres de l'Union européenne ont, en effet, accepté une large ouverture de leurs marchés, alors que, paradoxalement, les droits étatiques, divergent plus sensiblement qu'aux Etats-Unis⁷⁴⁹.

177. Ce paradoxe est cependant, à notre sens, révélateur des conceptions différentes du rôle de l'Union et des juridictions « suprêmes » de part et d'autre de l'Atlantique. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême a été particulièrement sensible au respect de la répartition des compétences entre les deux échelons de l'Union. Tout en ayant conscience des entraves suscitées par la relative fermeture des marchés en la matière⁷⁵⁰, elle n'a pas, pour l'instant, jugé ce problème déterminant dans la résolution des litiges. Dans l'Union européenne, l'accent a, au contraire, été mis sur la finalité de la construction communautaire : l'établissement d'un marché unique, y compris pour les avocats. La répartition des compétences n'est, dans cette perspective, qu'un instrument de réalisation de l'objectif et l'intérêt, légitime, des Etats à contrôler la profession, s'incline face à cet impératif⁷⁵¹.

178. Ceci dit, il ne faut pas déduire de ce contraste entre les approches américaine et

⁷⁴⁶ A. TURINA, "Temporary Interstate Transactional Practice...", préc., pp. 233 et s.

⁷⁴⁷ Ces différentes solutions sont envisagées par le professeur GOEBEL dans son article sur la question (R. GOEBEL, "The Liberalization of Interstate Legal Practice...", préc., pp. 334 et s.).

⁷⁴⁸ *Id.*

⁷⁴⁹ *Id.*

⁷⁵⁰ L'opinion majoritaire reconnaît, dans l'arrêt *Leis v. Flynt*, qu'en raison de « la forte mobilité [des avocats] et la tendance à la spécialisation, [l'autorisation de pratiquer dans d'autres juridictions] est peut-être une pratique à encourager » (439 U.S., p. 442).

⁷⁵¹ Alors que la Cour Suprême part du postulat que la compétence pour réglementer l'activité des avocats revient aux Etats et développe son raisonnement sur cette base, la Cour de justice ne discute de la compétence des Etats en la matière qu'après avoir constaté que les mesures litigieuses entravaient la libre prestation de services ou la liberté d'établissement.

communautaire que le marché du travail est davantage intégré dans l'Union européenne qu'aux Etats-Unis. D'une part, le cloisonnement observé pour les avocats américains, ne s'étend pas aux autres professions réglementées. Pour tous les autres corps de métier, les diplômes reconnus par les organismes compétents sont généralement valables sur l'ensemble du territoire américain⁷⁵², et, pour les activités soumises à licence, une simple déclaration ou inscription auprès des autorités étatiques compétentes est, la plupart du temps, suffisante⁷⁵³. En revanche, si les institutions communautaires ont adopté des directives de reconnaissance mutuelle des qualifications⁷⁵⁴, peu de diplômes ont fait l'objet d'une harmonisation⁷⁵⁵. Autrement dit, le régime des études permettant d'accéder à une profession réglementée peut varier fortement d'un Etat à l'autre. Ces divergences n'ont qu'un impact limité en matière de libre prestation de services puisque le prestataire peut exercer son activité sans avoir à demander la reconnaissance de ses qualifications, sous réserve d'une expérience professionnelle de deux ans si la profession n'est pas réglementée dans l'Etat d'origine⁷⁵⁶. En revanche, elles peuvent affecter la liberté d'établissement dans la mesure où un Etat n'est obligé de reconnaître la qualification acquise dans un autre Etat qu'à la condition que les formations soient équivalentes⁷⁵⁷. D'autre part, si les règles communautaires tendent à faciliter la libre circulation, elles ne suffisent pas en pratique à garantir la mobilité des

⁷⁵² V. *supra*, α.

⁷⁵³ Associée généralement au paiement d'une taxe.

⁷⁵⁴ V. la directive 89/48/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JO L 19, p. 16) ; la directive 92/51/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive 89/48/CEE (JO L 209, p. 25) et la directive 1999/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 juin 1999, instituant un mécanisme de reconnaissance des diplômes pour les activités professionnelles couvertes par les directives de libéralisation et portant mesures transitoires, et complétant le système général de reconnaissance des diplômes (JO L 201, p. 77). Ces directives ont été consolidées dans la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO L 255, p. 22).

⁷⁵⁵ Les institutions ont procédé à une harmonisation de la durée minimale des études et du contenu des enseignements pour quelques professions seulement. V. par ex. la directive 85/384/CEE du Conseil du 10 juin 1985 visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres du domaine de l'architecture et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestations de services (JO L 223 p. 15) et la directive 93/16/CEE du Conseil du 5 avril 1993, visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres (JO L 165, p. 1).

⁷⁵⁶ Article 5 de la directive 2005/36/CE, préc.

⁷⁵⁷ En cas de différences substantielles concernant la durée de la formation (c'est-à-dire au moins un an) ou les matières couvertes par le titre de formation, l'Etat membre d'accueil peut exiger « *du demandeur qu'il accomplisse un stage d'adaptation [...] ou se soumette à une épreuve d'aptitude* » (art. 14 de la directive 2005/36/CE, préc.).

opérateurs économiques. Aussi, même en ce qui concerne les avocats, la migration d'un Etat à l'autre est, malgré les obstacles juridiques, sans aucun doute, plus importante aux Etats-Unis que dans l'Union européenne⁷⁵⁸. Il est certain qu'en Europe, les barrières extra-juridiques, telles que les divergences linguistiques, affectent la mobilité dans une mesure que ne pourra jamais résoudre le droit⁷⁵⁹.

179. L'affirmation d'un accès libre et non discriminatoire au marché du travail perdrait de sa valeur si les Etats pouvaient autrement protéger leur marché et ainsi dissuader des ressortissants de s'établir sur leur territoire. Le droit communautaire comme le droit constitutionnel américain ont donc été interprétés comme interdisant toute discrimination, même lorsque celle-ci ne touche pas directement l'exercice d'une activité économique. A cette fin, l'article 18 TFUE complète les dispositions du traité relatives aux travailleurs salariés et non salariés ou supplée à l'inapplicabilité de ces dispositions. Aux Etats-Unis, l'article IV et le 14^{ème} amendement sont invocables indépendamment de l'exercice d'une activité économique. Ainsi, les Etats sont dans l'obligation d'accorder aux ressortissants d'autres Etats s'établissant sur leur territoire les avantages sociaux qu'ils accordent à leurs propres citoyens. De même, toute discrimination fiscale est interdite.

2. L'octroi des prestations sociales

180. Aux Etats-Unis comme dans l'Union européenne, le principe de non-discrimination

⁷⁵⁸ Nous ne disposons pas de statistiques concernant précisément les avocats. En revanche, nous savons, selon une étude de 2002, que la migration entre les Etats à l'intérieur de chaque Union est deux fois plus importante aux Etats-Unis que dans la Communauté (16,2 % de la population aux Etats-Unis contre 7,2% en moyenne dans l'Union européenne) (v. Labor Markets in the 21st Century : « Skills and Mobility », Proceedings of Joint United States and European Union Conference, US Department of Labor, Bureau of International Labor Affairs, Septembre 2002). Les chiffres de cette étude ont été repris dans le MEMO/05/229 du 30 juin 2005 intitulé « 2006 – Année européenne de la mobilité des travailleurs, les enjeux de la mobilité des travailleurs dans la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne ». En outre, les chercheurs américains ont souligné que, en pratique, l'exercice trans-étatique du droit était très fréquent aux Etats-Unis (v. la *dissenting opinion* dans l'arrêt *Leis v. Flynt*, 439 U.S., préc., p. 449, n. 8 ; R. GOEBEL, "The Liberalization of Interstate Legal Practice...", préc., not. pp. 323, 327 et 340). V. J.-Y. NAUDET, « Analyse économique de la mobilité des salariés », *RMC*, n° 341, 1991, p. 88, *spéc.* p. 90.

⁷⁵⁹ Les institutions communautaires ont d'ailleurs bien conscience de ces obstacles. Ainsi dans sa Communication du 6 décembre 2007, « La mobilité, un instrument au service d'emplois plus nombreux et de meilleure qualité : le plan d'action européen pour la mobilité de l'emploi (2007-2010) », (COM(2007) 773 final), la Commission fait de l'adaptation des systèmes d'éducation et de formation, notamment dans l'apprentissage des langues, un des trois grands axes d'action future.

s'étend à l'octroi de prestations sociales⁷⁶⁰. Aussi, par principe, les Etats américains ne peuvent réserver ces prestations à leurs résidents et les Etats de l'Union européenne à leurs nationaux ou à leurs résidents. Cependant les Etats ont, de part et d'autre de l'Atlantique, manifesté leur inquiétude à l'égard des risques de « migration sociale » et ont fait valoir des justifications budgétaires pour limiter l'attribution des aides sociales⁷⁶¹. Dans cette perspective, ils ont notamment subordonné le bénéfice des prestations prévues par leurs législations à des durées de résidence sur leur territoire. De cette manière, ils espèrent dissuader l'immigration économique et contrôler leurs dépenses publiques⁷⁶². Les juges n'ont pas été totalement insensibles à de tels arguments. Dans la mesure, toutefois, où de telles réglementations relèvent du protectionnisme, en s'affranchissant de l'exigence de solidarité entre Etats, les juridictions ont fait preuve d'une certaine sévérité.

181. Dans l'arrêt *Shapiro v. Thompson* de 1969⁷⁶³ la Cour Suprême a déclaré contraire à l'*Equal Protection clause* plusieurs mesures étatiques⁷⁶⁴ exigeant une résidence minimale d'un an pour l'attribution de l'aide sociale. De tels critères décourageaient, selon elle, la migration des citoyens, droit protégé par la Constitution. Mettant en œuvre un contrôle strict, aux termes duquel « *toute classification servant à pénaliser l'exercice d'un droit constitutionnel est inconstitutionnelle sauf si elle sert un intérêt indiscutable de l'Etat* »⁷⁶⁵, la Cour a accepté d'examiner les justifications avancées par les Etats mais les a toutes rejetées, soit parce qu'elles ne constituaient pas une raison valable – volonté de décourager l'immigration par exemple –, soit que le moyen employé pour atteindre les objectifs allégués – volonté de réduire la charge financière, de lutter contre la fraude – se révélait disproportionné. Au soutien de leurs réglementations, les Etats faisaient notamment valoir que la prise en charge de toute personne résidant sur leurs territoires risquait de mettre en péril

⁷⁶⁰ V. par ex., dans l'UE, CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96, *Rec.* p. I-2691 ; aux Etats-Unis, *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969).

⁷⁶¹ V. A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination...*, *op. cit.*, pp. 557-567. Sur les contraintes budgétaires en tant que justifications des entraves, v. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, § 1, A, *infra*.

⁷⁶² V. A. ILIOPOULOU, « Entrave et citoyenneté de l'Union », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 191, *spéc.* pp. 214 et s.

⁷⁶³ *Shapiro*, 394 U.S. 618, *préc.*

⁷⁶⁴ Etaient impliqués les Etats du Connecticut, de Pennsylvanie ainsi que le district de Columbia.

⁷⁶⁵ *Shapiro*, 394 U.S., *préc.*, p. 634. Ce contrôle diverge de l'analyse habituellement appliquée lorsque l'*equal protection clause* est invoquée. Normalement, la Cour se contente d'examiner s'il existe une relation raisonnable entre la réglementation discriminatoire et un intérêt légitime du gouvernement. Elle se montre donc plus sévère lorsqu'est en jeu une discrimination fondée sur la résidence.

leur système de sécurité sociale. Si la Cour reconnaît la légitimité d'une telle préoccupation, elle juge cependant que l'objectif ne peut être atteint par une mesure opérant une distinction entre les citoyens en fonction de leur durée de résidence. Toutefois, dans une des notes attachées à l'arrêt, la Cour a pris soin de préciser que sa décision « *ne présumait pas de la validité de conditions de résidence pour le droit de vote, la dispense des frais de scolarité, l'obtention d'une licence pour exercer une profession, chasser ou pêcher* »⁷⁶⁶.

182. L'interdiction des conditions de résidence pour l'attribution de certains « avantages » sociaux a donc été nuancée par la suite, les juridictions autorisant des exceptions à ce principe. Il est ainsi apparu que l'interdiction d'exiger une durée minimale de résidence n'était opposable qu'aux aides « vitales » (“*basic necessity of life*”⁷⁶⁷). Autrement dit, la constitutionnalité d'une durée de résidence est fonction de l'objet de la discrimination et de son effet sur la circulation. Toute réglementation discriminatoire susceptible de décourager véritablement la circulation en raison de son objet « vital » est contraire au “*right to travel*”⁷⁶⁸. Il en résulte que les Etats peuvent, par exemple, réserver l'octroi de bourses d'études aux étudiants résidant depuis un certain temps sur leur territoire. Dans l'affaire, *Deborah Dickey Kirk v. the Board of Regents of the University of California*⁷⁶⁹, par exemple, la Cour d'appel de Californie, se fondant notamment sur l'arrêt *Shapiro*, a estimé qu'une réglementation prévoyant des frais d'inscription supérieurs pour les non-résidents⁷⁷⁰ ne violait pas le “*right to travel*”⁷⁷¹. En revanche, une condition de durée de résidence est exclue concernant la gratuité de l'aide médicale fournie par les hôpitaux publics. Une telle aide est, en effet, « vitale »⁷⁷². De même, la Cour d'appel du 2^{ème} circuit a jugé, sur le fondement de la jurisprudence *Shapiro*, que n'était pas justifiée une réglementation locale imposant une

⁷⁶⁶ *Shapiro*, 394 U.S., préc., p. 638, n. 21.

⁷⁶⁷ V. not. *Memorial Hospital v. Maricopa County*, 415 U.S. 250, 259 (1974).

⁷⁶⁸ V. en ce sens, W. COHEN, “Congressional Power to Validate Unconstitutional State Laws:...”, préc., pp. 418-419.

⁷⁶⁹ *Deborah Dickey Kirk v. the Board of Regents of the University of California*, 273 Cal.App.2d 430 (1969).

⁷⁷⁰ Etait considérée comme non résident, toute personne ne résidant pas dans l'Etat depuis au moins un an.

⁷⁷¹ Les Etats doivent, toutefois, laisser la possibilité aux étudiants de démontrer qu'ils remplissent cette condition. Ainsi, la Cour Suprême a-t-elle déclarée inconstitutionnelle une législation qui présumait la « non-résidence » durant l'intégralité des études si l'étudiant n'était pas déjà résident lors de sa première inscription à l'université (*Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441 (1973)).

⁷⁷² *Memorial Hospital*, 415 U.S. 250, préc.

résidence d'une durée de cinq ans pour prétendre à un logement social⁷⁷³. Outre que de telles aides ne peuvent être refusées aux nouveaux résidents, elles ne peuvent non plus être modulées en fonction de la durée de résidence. La Cour Suprême a ainsi déclaré inconstitutionnelle une loi californienne qui, au cours de la première année de résidence, limitait les prestations versées aux nouveaux résidents au montant prévu dans leur Etat d'origine⁷⁷⁴.

183. Dans l'Union européenne, les Etats sont autorisés, en vertu du droit dérivé, à subordonner le droit de séjour à des conditions de ressources et d'assurance maladie⁷⁷⁵. De telles exigences limitent en pratique les risques de migration sociale. Toutefois, cette faculté permet seulement aux autorités nationales de prendre des mesures « *en vue soit de mettre fin à l'autorisation de séjour [du] ressortissant, soit de ne pas renouveler celle-ci* »⁷⁷⁶. Tant qu'ils n'ont pas pris de telles mesures et que, en conséquence, le ressortissant demeure sur leur territoire, ils doivent lui accorder les mêmes avantages qu'aux nationaux⁷⁷⁷. Par ailleurs, la marge de manœuvre dont disposent les Etats pour établir le niveau de ressources exigé est encadrée. Selon l'article 8, § 4 de la directive 2004/38/CE⁷⁷⁸ « [l]es États membres ne peuvent pas fixer le montant des ressources qu'ils considèrent comme suffisantes, mais ils doivent tenir compte de la situation personnelle de la personne concernée. Dans tous les cas, ce montant n'est pas supérieur au niveau en dessous duquel les ressortissants de l'État d'accueil peuvent bénéficier d'une assistance sociale ni, lorsque ce critère ne peut s'appliquer, supérieur à la pension minimale de sécurité sociale versée par l'État membre d'accueil ». La Cour de justice a également interprété strictement les notions de « charge déraisonnable » et « moyens de subsistance »⁷⁷⁹.

De même, une condition de résidence préalable, dans la mesure où elle est plus facilement remplie par les ressortissants nationaux, constitue, selon la Cour de justice, une discrimination

⁷⁷³ *King*, 442 F.2d 646, préc. A comparer avec CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. 63/86, préc. (incompatibilité avec le traité d'une législation réservant aux ressortissants nationaux l'accèsion à la propriété et à la location de logements construits ou restaurés à l'aide de fonds publics).

⁷⁷⁴ *Saenz*, 526 U.S. 489, préc.

⁷⁷⁵ Article 7 de la directive 2004/38/CE, préc.

⁷⁷⁶ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* p. I-6193, pt 42.

⁷⁷⁷ V. CJCE, *Martinez Sala*, aff. C-85/96, préc.

⁷⁷⁸ Préc.

⁷⁷⁹ v. CJCE, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, préc., pt 42 ; CJCE, 23 mars 2006, *Commission c/ Belgique*, aff. C-408/03, *Rec.* p. I-2647 ; CJCE, 10 avril 2008, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-398/06, *Rec.* p. I-56* (Pub. somm.).

indirecte, interdite, en principe, par les dispositions du traité⁷⁸⁰. Les juges de Luxembourg ont, cependant, admis qu'un Etat réserve l'octroi d'avantages sociaux aux ressortissant « *ayant démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet Etat* »⁷⁸¹. Or, la démonstration d'une telle intégration peut passer par des exigences en termes de durée de résidence. Ainsi, dans l'arrêt *Bidar* de 2005⁷⁸² la Cour de justice a estimé que subordonner l'octroi d'une aide visant à couvrir les frais d'entretien des étudiants à une durée de résidence de trois ans sur le territoire britannique était conforme à l'article 18 TFUE. En revanche, elle a jugé que l'exigence d'établissement s'ajoutant à cette condition, dans la mesure où aucun ressortissant communautaire ne pouvait obtenir le statut de personne établie, violait le principe de non discrimination à raison de la nationalité. L'approche est, à cet égard, la même que celle de la Cour Suprême⁷⁸³.

Par ailleurs, l'article 24 de la directive 2004/38/CE précise que les Etats ne sont pas obligés d'accorder le droit à une prestation sociale pendant les trois premiers mois du séjour. Il existe toutefois des exceptions, notamment, en matière de prestations chômage.

184. Si les raisonnements employés par les juridictions peuvent, à certains égards, diverger, elles aboutissent, en ce qui concerne l'attribution de l'aide sociale, à des résultats proches : le principe de non-discrimination implique qu'une durée de résidence ne peut être exigée. Cependant, à l'égard de certaines prestations, telles que les aides accordées aux étudiants, les Etats sont autorisés à en différer le versement, pour éviter notamment les inconvénients résultant de l'ouverture de leurs frontières.

3. Les discriminations fiscales

185. En matière de fiscalité des personnes, la comparaison semble, sur un plan théorique, plus hasardeuse que dans d'autres domaines. Certes, tant les juridictions communautaires qu'américaines contrôlent la manière dont les Etats font usage de leur pouvoir fiscal⁷⁸⁴. Toutefois, les finalités de ce contrôle divergent. Dans l'Union européenne, les réglementations fiscales sont soumises aux règles du traité, dans la mesure où elles sont susceptibles

⁷⁸⁰ V. par ex. CJCE, 10 mars 1993, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-111/91, *Rec.* p. I-817 (à propos des allocations de naissance et de maternité versées par le Luxembourg).

⁷⁸¹ *Id.*, pt 57.

⁷⁸² CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, *Rec.* p. I-2119.

⁷⁸³ V. *Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441, préc.

⁷⁸⁴ V. à ce propos, le §2, A de la présente section, *supra*.

d'entraver la réalisation du marché intérieur. Aux Etats-Unis, les juridictions fédérales veillent pour leur part au seul respect du principe de non discrimination, sans que leur examen ait de connotation « intégrationniste ». Les instruments du contrôle sont d'ailleurs adaptés à ces finalités : dispositions interdisant les entraves aux libertés de circulation dans l'Union européenne ; dispositions relatives à l'interdiction des discriminations aux Etats-Unis. Pourtant, si « *les dispositions fédérales et communautaires révèlent des approches théoriques divergentes [...], dans leur effets pratiques, elles se traduisent par une relative convergence autour d'une application du principe de non discrimination empreinte d'une certaine retenue* »⁷⁸⁵.

186. Tant la Cour de justice de l'Union européenne que la Cour Suprême des Etats-Unis ont reconnu la compétence fiscale des Etats, et, à ce titre, ont accordé une importante marge de manœuvre aux autorités étatiques pour mettre en œuvre leur politique fiscale. Ainsi, les juges américains ont affirmé que « *[d]ans le domaine fiscal, plus encore qu'en d'autres domaines, les législateurs [étatiques] possèdent la plus grande liberté* »⁷⁸⁶, et c'est pourquoi les réglementations fiscales des Etats bénéficient d'une présomption de constitutionnalité⁷⁸⁷. Dans l'Union européenne, la Cour de justice a, maintes fois, rappelé qu'« *en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de la Communauté* »⁷⁸⁸, mais, au contraire, « *relève de la compétence des Etats membres* »⁷⁸⁹.

187. Néanmoins, les réglementations fiscales n'échappent pas au champ d'application des dispositions constitutionnelles américaines⁷⁹⁰ et des dispositions du TFUE⁷⁹¹ : dès lors qu'elles s'avèrent contraire à ces dispositions, elles sont susceptibles d'être interdites.

La fiscalité est, en effet, susceptible de constituer un puissant frein à l'établissement du marché intérieur en créant des entraves diverses⁷⁹². Tout d'abord, elle apparaît comme l'un

⁷⁸⁵ M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., p. 242.

⁷⁸⁶ *Madden v. Kentucky*, 309 U.S. 83, 88 (1940). V. également *Lunding*, 522 U.S., préc., p. 314.

⁷⁸⁷ *Id.*

⁷⁸⁸ CJCE, *Schumacker*, aff. C-279/93, préc., pt 21. V. également CJCE, 18 juillet 2007, *Lakebrink et Peters-Lakebrink*, aff. C-182/06, *Rec.* p. I-6705, pt 14.

⁷⁸⁹ V. par ex. CJCE, 11 août 1995, *Wielockx*, aff. C-80/94, *Rec.* p. I-2493 ; CJCE, *Asscher*, aff. C-107/94, préc.

⁷⁹⁰ *Lunding*, 522 U.S., préc., p. 314.

⁷⁹¹ CJCE, *Schumacker*, aff. C-279/93, préc., pt 21 ; CJCE, *Verkooijen*, aff. C-35/98, préc., pt 32.

⁷⁹² V. M. GRAETZ and A. WARREN JR, "Dividend Taxation in Europe : when the ECJ makes tax policy", *CML Rev.*, vol. 44, 2007, p. 1577, *spéc.* pp. 1577 et s.

des principaux outils d'une politique protectionniste, les Etats pouvant utiliser l'instrument fiscal pour favoriser leurs ressortissants ou leurs entreprises. Ensuite, même en l'absence de discrimination, la multiplication des réglementations fiscales peut conduire à une charge fiscale disproportionnée ou du moins dissuasive pour les ressortissants – en particulier les entreprises – exerçant une activité dans plusieurs Etats. Pour M. DE WOLF, « *il s'agit d'un aspect tout à fait essentiel : le cumul éventuel des charges fiscales peut défavoriser jusqu'au point de la dissuasion les échanges transfrontaliers et les acteurs économiques globaux* »⁷⁹³. Ce problème a été partiellement résolu par l'adoption de conventions bilatérales ou multilatérales dans l'Union européenne ainsi que par la jurisprudence tendant à limiter la « double » imposition aux Etats-Unis. Enfin, les divergences entre les règles fiscales des Etats peuvent également se révéler décourageantes pour les personnes physiques et morales qui doivent s'adapter à différentes réglementations. Comme le soulignait le juge FRANKFURTER, dans l'arrêt *Northwestern States Portland Cement Co. v. Minnesota* de 1959⁷⁹⁴ : « *Assujettir les sociétés de dimensions relativement faibles à un impôt sur le revenu séparé dans chacun des Etats signifie qu'elles devront tenir des livres de comptabilité, faire des restitutions, accumuler les factures et se pourvoir d'un conseiller juridique afin de satisfaire les lois fiscales diverses et variées des 49 Etats, avec leurs délais différents pour l'établissement de leur déclaration, leurs structures fiscales différentes, leurs modalités différentes de détermination du revenu net, et leurs formules différentes de ventilation. Le coût d'un tel système de mise en œuvre des dispositions des différents Etats pourrait bien excéder le fardeau de l'impôt lui-même* »⁷⁹⁵.

188. Dans l'Union européenne, seuls les obstacles tarifaires à la libre circulation des marchandises sont explicitement prohibés par le traité⁷⁹⁶. Les entraves résultant de la fiscalité directe, c'est-à-dire « *l'impôt assis sur le revenu des personnes physiques ou morales, notamment l'impôt des sociétés, ou sur la fortune ou encore sur la détention, la cession ou le*

⁷⁹³ M. DE WOLF, *Souveraineté fiscale...*, *op. cit.*, p. 111.

⁷⁹⁴ *Northwestern States Portland Cement Co.*, 358 U.S., préc., 474.

⁷⁹⁵ Traduction empruntée à F. MAUPAIN (F. MAUPAIN, *L'intégration économique et l'intégration juridique...*, *op. cit.*, p. 98). V. également, pour des préoccupations similaires dans l'UE, les pts 41 et s. des conclusions de l'avocat général GEELHOED sous l'arrêt CJCE, 12 décembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v. Inland Revenue Commissioners*, aff. C-374/04, Rec. p. I-11673.

⁷⁹⁶ V. §2, A de la présente section, *supra*.

revenu d'un capital »⁷⁹⁷, ne font pour leur part l'objet d'aucune interdiction. La Cour de justice a, en effet, refusé d'étendre le champ d'application de l'article 110 TFUE aux impositions intérieures ne visant pas des marchandises⁷⁹⁸. Toutefois, la Cour de justice a fait entrer dans le giron des dispositions relatives à la libre circulation des personnes, des services, des capitaux et à la liberté d'établissement de telles entraves. Aussi, si de telles dispositions n'ont pas pour objet la fiscalité, elles ont néanmoins une portée fiscale⁷⁹⁹. Il en résulte que, dans l'Union européenne, l'appréciation des obstacles fiscaux s'opère au travers d'une pluralité de dispositions dont le champ d'application se détermine *ratione materiae*.

189. Tel n'est pas le cas aux Etats-Unis, où trois dispositions sont principalement applicables, quelle que soit la matière imposable en cause : la *Privileges and Immunities clause* de l'article IV, l'*Equal Protection clause* du 14^{ème} amendement ainsi que la *dormant commerce clause*.

La *Privileges and Immunities clause* de l'article IV, souvent invoquée en combinaison avec l'*Equal Protection clause* du 14^{ème} amendement, impose, tout d'abord, un principe d'égalité en matière fiscale. En vertu de la première de ces dispositions, un Etat ne peut, en principe, lever une taxe sur les non résidents supérieure à celle qui frappe ses propres citoyens⁸⁰⁰. La Cour Suprême, saisie à diverses reprises sur ce fondement, a ainsi prononcé l'inconstitutionnalité de taxes perçues à l'occasion de l'octroi d'une licence – pour exercer une activité professionnelle par exemple – dont le montant était supérieur pour les non résidents⁸⁰¹. Les juridictions américaines se sont également fondées sur cette disposition pour interdire des réglementations discriminatoires en matière d'impôt sur le revenu, telles qu'une mesure réservant l'octroi de certains abattements aux contribuables résidents dans l'Etat⁸⁰² ou exemptant de tout prélèvement les résidents⁸⁰³.

⁷⁹⁷ K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *CDE*, n°1-2, 2007, p. 19, *spéc.* p. 21.

⁷⁹⁸ V. par ex. CJCE, 21 septembre 1988, *Van Eycke*, aff. 267/86, *Rec.* p. 4769. Dans quelques arrêts isolés, la Cour a appliqué l'article 110 TFUE à des réglementations fiscales visant certes un service mais imposant indirectement des marchandises (v. not. CJCE, 16 février 1977, *Schöttle und Sohn*, aff. 20/76, *Rec.* p. 247 ; CJCE, 3 mars 1988, *Bergandi*, aff. 252/86, *Rec.* p. 1343). Mais ces décisions doivent plutôt être considérées comme des arrêts d'espèce (en ce sens, D. BERLIN, « Surveillance communautaire des droits fiscaux nationaux », *op. cit.*, pt 29).

⁷⁹⁹ D. BERLIN, « Surveillance communautaire des droits fiscaux nationaux », *op. cit.*, pts 4, 40-45, 53, 72-89.

⁸⁰⁰ *Ward v. Maryland*, 12 Wall. 428, 430 (1871) ; *Shaffer v. Carter*, 252 U.S., *préc.*, p. 53.

⁸⁰¹ V. par ex. *Toomer v. Witsell*, 334 U.S. 385 (1948).

⁸⁰² *Travis v. Yale & Towne Mfg. Co.*, 252 U.S. 60, *préc.* ; *Lunding*, 522 U.S. 287, *préc.* ; *Golden v. Tully*, 58 N.Y. 2d 1047 (1983).

⁸⁰³ *Austin v. New Hampshire*, 420 U.S. 656 (1975).

C'est moins l'égalité formelle que l'égalité matérielle que recherchent les juridictions américaines. C'est pourquoi, la discrimination est appréciée non seulement au regard du contenu de la mesure mais également au regard de ses effets⁸⁰⁴. Ceci explique que certaines différenciations soient tolérées⁸⁰⁵, la Cour Suprême exigeant que les différentes mesures assurent « une équivalence raisonnable » entre les contribuables⁸⁰⁶. Ainsi, a-t-elle jugé constitutionnelle une mesure fiscale qui prévoyait une assiette plus large pour les contribuables non résidents mais leur appliquait un taux moins élevé⁸⁰⁷. De même, a-t-elle jugé conforme à la Constitution le refus des Etats d'accorder des avantages fiscaux relatifs à des revenus non perçus sur leurs territoires ou des dépenses non liées à ces revenus⁸⁰⁸. Tel est le cas, par exemple, de la déductibilité des intérêts d'emprunts immobiliers. En revanche, les pensions alimentaires n'étant pas territorialement liées à un Etat, elles doivent pouvoir être déduites du revenu imposable lorsque l'Etat prévoit un tel avantage pour les résidents⁸⁰⁹.

190. Si cette disposition a garanti une marge de manœuvre certaine à l'Etat, tout en permettant d'écarter les discriminations patentes, l'*Equal Protection clause* a, pour sa part, eu une incidence plus marginale en matière de fiscalité. Certes, son champ d'application est plus large que celui de *Privileges and Immunities clause* l'article IV : toute forme de discrimination, à l'égard tant des personnes physiques que des personnes morales, peut être alléguée, alors que seules les discriminations à raison de la résidence des personnes physiques sont prohibées par l'article IV. Toutefois, le test traditionnellement appliqué, plus souple que celui employé pour apprécier une réglementation au regard de la *Privileges and Immunities clause*⁸¹⁰, a rarement conduit à des décisions d'inconstitutionnalité⁸¹¹.

⁸⁰⁴ St. Louis Southwestern R. Co. v. Arkansas, 235 U.S. 350 (1914) ; *Shaffer v. Carter*, 252 U.S., préc., p. 55.

⁸⁰⁵ V. par ex., *Maxwell v. Bugbee*, 250 U.S. 525, 543 (1919) ; *Travis v. Yale & Towne Mfg. Co.*, 252 U.S. 60, préc. ; *Shaffer v. Carter*, 252 U.S. 37, préc. En pratique, les limitations posées par les Etats à l'assimilation résidents / non résidents sont nombreuses et les juridictions étatiques admettent assez largement les refus opposés aux contribuables non résidents concernant l'octroi d'avantages fiscaux. La Cour Suprême a, en la matière, souvent rejeté les recours (v. par ex. *Goodwin v. State Tax Comm'n*, 133 N.E. 2d 711 (1955) pourvoi formé devant la Cour Suprême rejeté (352 U.S. 805 (1956)), tout en rappelant, de temps à autres, aux Etats les grands principes jurisprudentiels à respecter (v. *Lunding*, 522 U.S. 287, préc.).

⁸⁰⁶ M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., p. 183.

⁸⁰⁷ *Travellers' Insurance Co. v. Connecticut*, 185 U.S. 364 (1902).

⁸⁰⁸ V., par ex. *Travis v. Yale & Towne Mfg. Co.*, 252 U.S., préc., pp. 75-76 ; *Shaffer v. Carter*, 252 U.S. 37, préc. ; *Lunding*, 522 U.S., préc., p. 309.

⁸⁰⁹ V. à ce propos, R. MASON, "Common Markets, Common Tax Problems", préc., p. 618.

⁸¹⁰ *Austin*, 420 U.S., préc., p. 663.

Un test plus rigoureux a, cependant, été mis en œuvre « *lorsqu’une classification suspecte, des droits fondamentaux ou des éléments interétatiques* »⁸¹² étaient en jeu. Ainsi des discriminations fiscales fondées sur la résidence ont été, à quelques reprises, déclarées inconstitutionnelles sur le fondement de l’*Equal Protection clause*. En effet, « [c]haque fois que [la liberté de circuler] est menacée, la Cour Suprême requiert [...] une justification circonstanciée »⁸¹³.

Aussi, cette disposition est-elle venue compléter la *Privileges and Immunities clause* en permettant de contrôler les mesures qui distinguaient des catégories de résidents. Alors que la clause de l’article IV s’applique aux différences de traitement entre résidents et non résidents, la seconde a vocation à jouer lorsque la différence de traitement est fonction, par exemple, de la durée de résidence dans l’Etat⁸¹⁴.

191. La *Privileges and Immunities clause* étant inapplicable aux personnes morales, c’est la *dormant commerce clause*, associée à l’*Equal Protection clause*, qui est venue prendre le relais. La *negative commerce clause*, en interdisant les entraves au commerce, prohibe, en premier lieu, les mesures fiscales discriminatoires à l’égard des produits importés. Mais, elle interdit également les législations fiscales distinguant les résidents et non résidents. En effet, comme l’a relevé en 1827 le *Chief Justice* Marshall, « [L]a distinction entre une taxe sur un produit importé, et une taxe sur la personne qui importe ne peut avoir d’influence [...]. Elles interfèrent toutes deux avec le pouvoir de réglementer le commerce »⁸¹⁵. Aussi, la Cour Suprême peut, sur le fondement de la *dormant commerce clause*, annuler « les prélèvements qui frappent les échanges, à travers la personne des agents économiques »⁸¹⁶. Sont ainsi couverts aussi bien les impôts sur le revenu, que les taxes sur le patrimoine ou les droits de patente⁸¹⁷. Le test mis en œuvre à cette occasion ne diffère pas selon le caractère direct ou indirect de l’imposition. Aussi les conditions de l’arrêt *Complete Auto* sont également

⁸¹¹ V. par ex. *Allegheny Pittsburg Coal Co. v. Webster County*, 488 U.S. 336 (1989). Pour des exemples de discriminations alléguées et déclarées compatibles avec l’*equal protection clause* : v. M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., p. 187.

⁸¹² M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., pp. 186 et s.

⁸¹³ M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., p. 191.

⁸¹⁴ V. par ex., *Williams v. Vermont*, 472 U.S. 14 (1985) et *Hooper v. Bernalillo County*, 472 U.S. 14 (1985).

⁸¹⁵ *Brown v. Maryland*, 25 U.S., préc., p. 448 : “The distinction between a tax on the thing imported, and on the person of the importer can have no influence [...] they interfere equally with the power to regulate commerce”.

⁸¹⁶ M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., p. 192.

⁸¹⁷ *Id.*

applicables à la fiscalité des personnes⁸¹⁸. Il en résulte, par exemple, que les Etats peuvent subordonner l'octroi d'une licence ou d'une autorisation d'exercer une activité au versement d'un droit. En revanche, il leur est interdit, une fois cette licence ou autorisation accordée, d'appliquer des réglementations fiscales discriminatoires à l'égard des entreprises établies dans d'autres Etats⁸¹⁹.

192. Les dispositions du titre IV du TFUE⁸²⁰ ainsi que l'article 18 TFUE interdisent les discriminations à raison de la nationalité, ce qui inclut les discriminations fiscales. En pratique, toutefois, les réglementations défavorisant les non-nationaux sont peu fréquentes en la matière. D'une part, le critère traditionnel de rattachement à l'impôt est la résidence et non la nationalité⁸²¹. Autrement dit, les Etats imposent tous leurs résidents (qui n'ont pas nécessairement la nationalité de l'Etat où ils résident). Si différenciation il y a, elle sera donc plutôt opérée entre résidents et non résidents qu'entre nationaux et étrangers. D'autre part, la jurisprudence en matière de discrimination directe étant bien établie, les Etats n'ignorent plus que toute mesure qui opèrerait une distinction entre les contribuables en fonction de leur nationalité serait vouée à la condamnation⁸²². En pratique, il est donc rare de trouver des exemples jurisprudentiels de discriminations fondées sur la nationalité⁸²³.

193. La jurisprudence recèle, en revanche, de nombreux exemples de réglementations

⁸¹⁸ V. *supra* §2, A de la présente section.

⁸¹⁹ *Western & Southern Life Insurance Co. v. State Bd. of Equalization*, 451 U.S. 648 (1981).

⁸²⁰ Le titre IV est relatif à « la libre circulation des personnes, des services et des capitaux ». Il couvre les articles 45 à 66.

⁸²¹ Les règles internationales en matière de répartition de la charge fiscale attribuent généralement le pouvoir de taxer à l'Etat de résidence. V. à ce propos le modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune du 29 avril 2000 de l'OCDE (mis à jour le 22 juillet 2010, consultable sur le site internet de l'OCDE) qui n'a pas de valeur contraignante mais sert de modèle aux Etats pour rédiger des conventions bilatérales ou multilatérales.

⁸²² V. également l'article 7 du règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257, p. 2) qui impose aux Etats d'accorder aux travailleurs ressortissants d'autres Etats membres les mêmes avantages fiscaux qu'aux travailleurs nationaux (v. CJCE, 18 juin 1987, *M.-C. Lebon*, aff. 316/85, *Rec.* p. 2811).

Il convient de relever que lorsqu'une convention bilatérale contient des dispositions établissant une différenciation sur le fondement de la nationalité, elle n'est pas jugée contraire au traité. « *En effet, [une telle mesure découle], en l'absence de mesures d'unification ou d'harmonisation dans le cadre communautaire, notamment au titre de l'article [293], deuxième tiret, du traité, de la compétence qu'ont les parties contractantes de définir, en vue d'éliminer les doubles impositions, les critères de répartition entre elles de leur pouvoir de taxation* » (CJCE, 12 mai 1998, *Epoux Robert Gilly c/ Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, aff. 336/96, *Rec.* p. I-2793, pt 30).

⁸²³ V. par ex. CJCE, *avoir fiscal*, aff. 270/83, préc. Dans cet arrêt, était en cause la réglementation française qui réservait le bénéfice d'un avoir fiscal aux personnes ayant leur domicile réel ou leur siège social en France. La Cour identifie dans cette affaire une discrimination fondée sur la nationalité. Dans la mesure, toutefois, où il s'agissait d'une mesure s'appliquant à des personnes morales, elle aurait tout aussi bien pu identifier une discrimination fondée sur la résidence.

opérant une distinction sur le fondement de la résidence, critère condamné par la Cour de justice lorsque la comparabilité des situations entre résidents et non résidents est établie⁸²⁴. Dans l'arrêt de principe *Schumacker*, les juges de Luxembourg relevaient que « *des avantages fiscaux réservés aux seuls résidents d'un Etat membre sont susceptibles de constituer une discrimination indirecte selon la nationalité* »⁸²⁵. Constatant, en l'espèce, que M. Schumacker se trouvait dans la même situation que les personnes résidant en Allemagne, dans la mesure où il tirait « *l'essentiel de ses ressources imposables d'une activité exercée dans l'Etat d'emploi* »⁸²⁶ et qu'il ne pouvait donc bénéficier dans son Etat de résidence d'avantages fiscaux équivalents aux avantages dont il aurait bénéficié dans son Etat d'emploi, la Cour a conclu à une violation de l'article 49 TFUE. Cette jurisprudence, condamnant les mesures fiscales fondées sur le critère de la résidence, a été confirmée à de nombreuses reprises⁸²⁷ et fait écho à la jurisprudence américaine⁸²⁸.

194. On relèvera, cependant, que si les discriminations fondées sur la résidence sont interdites dans les deux Unions, les obligations pesant sur les Etats américains et sur les Etats membres de l'UE divergent.

Dans l'Union européenne, l'Etat de la source du revenu doit accorder l'intégralité des avantages fiscaux qu'il consent à ses résidents si le contribuable reçoit la quasi-totalité de ses ressources imposables dans cet Etat. Au contraire, l'Etat est délié de cette obligation, qui pèse alors sur l'Etat de résidence, si les revenus perçus dans d'autres Etats constituent une part substantielle de l'ensemble des revenus. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, la nature de l'avantage fiscal est, à cet égard, indifférente⁸²⁹.

En revanche, aux Etats-Unis, c'est l'objet de l'avantage qui est déterminant, alors que la part des revenus du non-résident dans l'Etat de la source ne constitue pas un critère pertinent⁸³⁰.

⁸²⁴ V. à ce propos K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », préc., pp. 74 et s.

⁸²⁵ CJCE, *Schumacker*, aff. C-279/93, préc., pt 29.

⁸²⁶ CJCE, *Schumacker*, aff. C-279/93, préc., pt 36.

⁸²⁷ V. par ex. CJCE, 21 septembre 1999, *Compagnie de Saint Gobain*, aff. C-307/97, *Rec.* p. I-6161 ; CJCE, 1^{er} juillet 2004, *Wallentin*, aff. C-169/03, *Rec.* p. I-6443 ; CJCE, 8 novembre 2007, *Amurta*, aff. C-379/05, *Rec.* p. I-9569.

⁸²⁸ V. *supra*, *Travis v. Yale & Towne Mfg. Co.*, 252 U.S. 60, préc. ; *Lunding*, 522 U.S. 287, préc.

⁸²⁹ Il convient toutefois de nuancer ce propos puisque la part de ressources perçues dans l'Etat de la source nécessaire pour établir la comparabilité des situations peut varier en fonction de la nature de la disposition fiscale litigieuse (v. *supra* § 1, A de la présente section).

⁸³⁰ V. *supra*.

Bien que les critères employés par les juridictions diffèrent, ils aboutissent cependant à une conséquence similaire : les contribuables percevant des revenus dans plusieurs Etats doivent voir l'intégralité de leur situation personnelle prise en compte, que les Etats se partagent cette tâche ou qu'elle incombe à un seul⁸³¹.

195. La jurisprudence de la Cour de justice a « *fait naître la crainte [...] d'un rapide démantèlement, sous les coups de butoir du juge, des pans entiers des systèmes fiscaux des Etats membres* »⁸³². C'est pourquoi, certains ont, lors des travaux relatifs au traité établissant une Constitution pour l'Europe, plaidé pour l'abandon d'un contrôle juridictionnel en la matière⁸³³. Pourtant, il apparaît que la Cour, même si elle n'a pas défini précisément les critères de l'entrave⁸³⁴, a fait preuve, en matière de fiscalité directe, d'une plus grande prudence que dans les autres domaines susceptibles d'affecter la libre circulation des personnes. Ainsi, le critère de la résidence, souvent utilisé par les Etats comme condition d'applicabilité de leurs législations fiscales, n'est-il pas toujours considéré comme un critère discriminatoire de différenciation. Alors que la Cour présume souvent la comparabilité des situations, le domaine de la fiscalité directe échappe à une telle présomption⁸³⁵.

Par ailleurs, une telle crainte serait réellement fondée si la Cour avait étendu le principe d'interdiction des entraves fiscales aux restrictions résultant des disparités législatives entre les Etats⁸³⁶. Or, si la jurisprudence, en la matière, demeure ambiguë⁸³⁷, la Cour a, toutefois, affirmé à plusieurs reprises que les conséquences défavorables pouvant découler d'une imposition dans plusieurs Etats ou résultant d'un transfert de résidence, lorsqu'elles découlaient des disparités entre les barèmes d'imposition des Etats membres, ne pouvaient être assimilées à une entrave à la libre circulation des personnes. En effet, la fixation des barèmes fiscaux relève de la compétence des Etats⁸³⁸. Ainsi, dans l'arrêt *Weigel*⁸³⁹, la Cour de

⁸³¹ V. R. MASON, "Common Markets, Common Tax Problems", préc., p. 618. V. en ce sens, CJCE, 12 décembre 2002, *De Groot*, aff. C-385/00, *Rec.* p. I-11819, pt 101 ; *Jefferson Lines, Inc.*, 514 U.S., préc., p. 185.

⁸³² M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, *op. cit.*, p. 196.

⁸³³ V. F. VANISTENDAEL, "The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty Against the Imperatives of the Single Market", *Eur. Tax'n*, vol. 46, 2006, p. 413.

⁸³⁴ A. MAITROT de la MOTTE, « L'entrave fiscale », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 97, *spéc.* pp. 104 et s.

⁸³⁵ V. à ce propos, §1, A, de la présente section, *supra*.

⁸³⁶ Sur la notion d'entrave résultant des disparités législatives, v. *infra*, titre 2 de la présente partie.

⁸³⁷ V. not. CJCE, *De Groot*, aff. C-385/00, préc., pt 114.

⁸³⁸ V., à ce propos, CJCE, *Epoux Robert Gilly*, aff. 336/96, préc.

justice a observé qu'une taxe autrichienne sur l'immatriculation d'un véhicule, prélevée suite au transfert de résidence en Autriche, était « *susceptible d'influencer négativement la décision des travailleurs migrants d'exercer leur droit à la libre circulation* »⁸⁴⁰. Elle a, toutefois, jugé que « *le traité ne garantit pas à un travailleur que le transfert de ses activités dans un Etat membre autre que celui dans lequel il résidait jusque là est neutre en matière d'imposition. Compte tenu des disparités des législations des Etats membres en la matière, un tel transfert peut [...] être plus ou moins désavantageux pour le travailleur sur le plan de l'imposition indirecte. Il en découle que, en principe, un éventuel désavantage, par rapport à la situation dans laquelle ce travailleur exerçait ses activités antérieurement audit transfert, n'est pas contraire à l'article [45 TFUE], si cette législation ne désavantage pas ce travailleur par rapport à ceux qui y étaient précédemment assujettis* »⁸⁴¹. De même, les Etats membres « *n'ont pas l'obligation d'adapter leur propre système fiscal aux différents systèmes de taxation des autres Etats membres, en vue, notamment, d'éliminer la double imposition découlant de l'exercice parallèle par lesdits Etats membres de leurs compétence fiscale* »⁸⁴². Par ailleurs, les contraintes financières, parfois lourdes, que font peser les Etats sur les personnes physiques ou morales par le biais de leur fiscalité, ne peuvent être contestées au seul motif de leur caractère excessif. Ainsi, la Cour de justice a affirmé, dans l'arrêt *Mobistar* de 2005, que « *ne sont pas visées à l'article [56] du traité des mesures dont le seul effet est d'engendrer des coûts supplémentaires pour la prestation en cause et qui affectent de la même manière la prestation de services entre Etats membres et celle interne à un Etat membre* »⁸⁴³. Les Etats membres étant seuls « *compétents pour délimiter leur pouvoir de taxation de manière unilatérale* »⁸⁴⁴, ils n'ont pas, en principe, à tenir compte des législations des autres Etats et des inconvénients qui peuvent en découler pour les personnes exerçant leur droit à la

⁸³⁹ CJCE, *Weigel*, aff. C-387/01, préc.

⁸⁴⁰ Pt 54 de l'arrêt.

⁸⁴¹ Pt 55 de l'arrêt. Dans le même sens, CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, aff. C-403/03, *Rec.* p. I-6421, pt 45.

⁸⁴² CJCE, 12 février 2009, *Block*, aff. C-67/08, *Rec.* p. I-883, pt 31. V. également CJUE, 15 avril 2010, *CIBA*, aff. C-96/08, *Rec.* p. I-2911, pt 28 ; CJUE, 1^{er} décembre 2011, *Commission c/ Hongrie*, aff. C-253/09, pt 83 (non encore publié au recueil). A propos des problématiques posées par la double imposition, v. A. MAITROT de la MOTTE, « L'entrave fiscale », *op. cit.*, pp. 112-115.

⁸⁴³ CJCE, 8 septembre 2005, *Mobistar et Belgacom Mobile*, aff. jtes C-544 et 545/03, *Rec.* p. I-7723, pt 31.

⁸⁴⁴ K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », préc., p. 60.

libre circulation⁸⁴⁵. Il n'y a donc pas, en matière de fiscalité, de test fondé sur la double charge ou sur l'accès au marché, comme on peut le trouver lorsque sont examinées d'autres types de réglementations⁸⁴⁶.

196. Pour M. De WOLF, « *globalement, la Cour tend à contenir ses assauts à l'égard de la fiscalité directe des Etats membres, à l'intérieur de certains rails [...] elle n'est apparemment pas disposé à s'engager dans la voie d'un activisme exagéré [...]* »⁸⁴⁷. Il n'en demeure pas moins, en pratique, que la Cour de justice a condamné un grand nombre de législations ayant trait à la fiscalité directe et « *par comparaison avec la Cour Suprême, on pourrait être impressionné par le nombre de litiges dans lesquels la Cour de justice a conclu à la contrariété du droit fiscal national avec l'une des libertés fondamentales du traité* »⁸⁴⁸.

197. L'examen des jurisprudences relatives à la circulation des marchandises comme celui des jurisprudences relatives à la circulation des personnes révèlent donc des formes très variées de barrières protectionnistes à l'entrée sur le marché. La Cour Suprême et la Cour de justice de l'Union européenne se sont employées, au travers, principalement, du critère de la discrimination, à détecter ces différentes formes de protectionnisme et à les condamner.

198. Des facteurs exogènes à l'interdiction du protectionnisme économique expliquent, néanmoins, certaines singularités. Ainsi, l'interdiction du protectionnisme doit, aux Etats-Unis, se concilier avec le principe de répartition des compétences entre la fédération et les Etats fédérés. Il en résulte que des mesures a priori protectionnistes sont autorisées au motif qu'elles relèvent de la compétence exclusive des Etats. Ainsi s'explique la prohibition des mesures fiscales discriminatoires mais non des aides d'Etat. Une logique analogue est à l'œuvre concernant la profession d'avocat, soumise entièrement aux réglementations étatiques aux Etats-Unis. Dans l'Union européenne, le primat de l'intégration des marchés exclut, sauf

⁸⁴⁵ CJCE, 14 novembre 2006, *Kerckhaert et Morres*, aff. C-513/04, *Rec. p. I-10967*, not. pt 20 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Lindfors*, aff. C-365/02, *Rec. p. I-7183* ; CJCE, 15 mai 1997, *Futura Participation SA*, aff. C-250/95, *Rec. p. I-2471*.

⁸⁴⁶ V. titre 2 de la présente partie, *infra*.

⁸⁴⁷ M. DE WOLF, *Souveraineté fiscale...*, *op. cit.*, p. 207.

⁸⁴⁸ M. DE WOLF, *Souveraineté fiscale...*, *op. cit.*, p. 241. Dans sa contribution au colloque organisé les 4 et 5 décembre 2009 sur « L'entrave dans le droit du marché intérieur », le professeur MAITROT de la MOTTE a précisé que, en matière d'impôts directs, « *près de cent cinquante affaires ont été portées devant la Cour et [...] l'existence d'une entrave incompatible avec le droit communautaire a été reconnue dans plus de 95% des cas* » (A. MAITROT de la MOTTE, « L'entrave fiscale », *op. cit.*, p. 102).

cas exceptionnels⁸⁴⁹, que des considérations liées à la compétence des Etats fassent échec à l'interdiction du protectionnisme.

Il a également pu être relevé que le principe de la libre circulation des personnes ne reposait pas tout à fait sur le même fondement – la justification étant principalement politique aux Etats-Unis et économique dans l'Union européenne –, ce qui a pu conduire à des approches différentes dans certaines circonstances.

Ces facteurs entrent également en jeu lorsque sont en cause des barrières protectionnistes à la sortie du territoire étatique.

Chapitre 2 – Manifestation secondaire du

protectionnisme : les entraves à la sortie du

marché

199. Les entraves à la sortie sont moins fréquentes que les entraves à l'entrée sur le marché, les Etats ayant évidemment moins d'intérêt à décourager la circulation des produits nationaux ou de leurs ressortissants⁸⁵⁰. De telles entraves ne sont pourtant pas totalement absentes et peuvent, la plupart du temps, être rattachées à une certaine forme de protectionnisme. Dans le domaine des marchandises, il peut s'agir de réglementations visant à satisfaire d'abord la demande nationale. Dans le domaine des personnes, il peut s'agir de réglementations visant à éviter de donner des avantages à des ressortissants ne demeurant pas sur le territoire national. Des raisons budgétaires justifient souvent de telles réglementations.

200. Ces entraves à la sortie n'empruntent pas nécessairement les mêmes instruments que les

⁸⁴⁹ V. 2^{ème} partie, titre 2, *infra*.

⁸⁵⁰ CJCE, *Statens Kontrol*, aff. 142/77, préc., pt 26. V. également A. DEFOSSEZ, « L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation : l'article 29 CE », *CDE*, n° 3-4, 2009, p. 409, *spéc.* p. 411.

entraves à l'entrée. Les mesures protectionnistes à l'entrée recourent en effet à la discrimination formelle ou déguisée pour atteindre leur objectif. Elles emploient donc soit le critère de la nationalité, soit un critère favorisant en pratique les nationaux. Or l'emploi de tels critères n'est pas toujours de nature à décourager la « sortie » du territoire. La Cour de justice de l'Union européenne a donc adapté ses instruments d'analyse pour appréhender ce type d'entraves. En revanche, la Cour Suprême des Etats-Unis a, en vertu d'une approche traditionnelle du protectionnisme économique, généralement refusé de sanctionner les réglementations défavorisant les citoyens quittant le territoire de leur Etat (section 2).

201. Une plus grande convergence apparaît en matière d'entraves à l'exportation de marchandises : tant la Cour de justice que la Cour Suprême sanctionnent les réglementations discriminatoires à l'égard des exportations (section 1).

Section 1 – Les entraves à l'exportation de marchandises

202. Les Etats ont, *a priori*, moins de raisons de restreindre les exportations que les importations. En effet, comme l'a relevé la Cour Suprême des Etats-Unis, « *la plupart des Etats servent leurs propres intérêts en [exportant] leurs marchandises* »⁸⁵¹. La Cour de justice a également noté « *qu'en règle générale, les Etats n'ont pas intérêt à freiner leurs exportations* »⁸⁵². C'est pourquoi, « *les cas dans lesquels [il a fallu apprécier] des interdictions ou limitations étatiques des exportations sont peu nombreuses* »⁸⁵³.

203. Il existe cependant des situations susceptibles de motiver un tel comportement. Ainsi, un Etat peut être tenté de conserver ses ressources rares⁸⁵⁴ ou stratégiques⁸⁵⁵. De même, des taxes pesant spécifiquement sur les exportations constituent un moyen d'obtenir des ressources sans affecter la commercialisation des marchandises sur le marché interne et les

⁸⁵¹ *H.P. Hood and Sons*, 336 U.S., préc., p. 535.

⁸⁵² CJCE, *Statens Kontrol*, aff. 142/77, préc., pt 26.

⁸⁵³ *H.P. Hood and Sons*, 336 U.S., préc., p. 535.

⁸⁵⁴ Telles que l'eau, le gaz, les métaux précieux, les œuvres d'art etc. (v. à ce propos, *Sporhase v. Nebraska ex. rel. Douglas*, 458 U.S. 941 (1982), aux Etats-Unis ; CJCE, *Commission c/Italie*, aff. 7/68, préc. et CJCE, *Statens Kontrol c/ Larsen*, préc., dans l'UE).

⁸⁵⁵ V. K. MORTELMANS, "The Functioning of the Internal Market...", *op. cit.*, p. 642.

consommateurs locaux⁸⁵⁶.

C'est pourquoi, le droit américain et le droit communautaire interdisent les restrictions quantitatives à l'exportation et les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives – que celles-ci prennent, par exemple, la forme d'interdictions d'exportation ou de formalités administratives, telles que des licences d'exportation – (§2) ainsi que les taxes pénalisant les exportations⁸⁵⁷ (§1).

§1. Les entraves tarifaires

204. Sont interdites, tant par le droit américain que par le droit communautaire, les taxes grevant spécifiquement ou plus lourdement les exportations.

205. Dans l'Union européenne, une telle interdiction résulte, soit de l'article 30 TFUE, lorsque le fait générateur de l'imposition est le franchissement d'une frontière interétatique ou infraétatique⁸⁵⁸, soit de l'article 110 TFUE, lorsque la mesure fiscale relève « *d'un système général de redevances intérieures appréhendant systématiquement des catégories de produits selon des critères objectifs appliqués indépendamment [de la destination] des produits* »⁸⁵⁹.

206. Si l'article 30 TFUE vise explicitement les droits de douane et taxes d'effet équivalent à l'importation et à l'exportation, l'applicabilité de l'article 110 TFUE aux mesures fiscales défavorisant les exportations n'allait, en revanche, pas de soi. En effet, le texte de l'article 110 TFUE ne vise que les impositions intérieures discriminatoires à l'égard des produits importés. La Cour a toutefois procédé à une interprétation large et téléologique de cette disposition. Considérant que « *le traité vise [...] à garantir, de manière générale, la neutralité des régimes d'impositions intérieures au regard des échanges intracommunautaires* », la Cour en a conclu que « *la règle de non-discrimination qui est à la base [de l'article 110 TFUE] s'applique également au cas où c'est l'exportation d'un produit qui constitue, dans le cadre d'un système*

⁸⁵⁶ Aux Etats-Unis, v. par ex. *Maryland v. Louisiana*, 451 U.S. 725 (1981). Dans l'UE, v. par ex. CJCE, *Simitzi*, aff. C-485/93, préc. ; CJCE, *Carbonati Apuani*, aff. C-72/03, préc.

⁸⁵⁷ Cette dernière interdiction s'étend, aux Etats-Unis, aux taxes prélevées par l'Etat fédéral (v. à ce propos, chapitre 1, section 1, §2, du présent titre, *supra*).

⁸⁵⁸ V. par ex. CJCE, *Simitzi*, aff. C-485/93, préc. ; CJCE, *Carbonati Apuani*, aff. C-72/03, préc. A ce propos, v. chapitre 1, section 1, §1, A du présent titre, *supra*.

⁸⁵⁹ CJCE, 23 avril 2002, *Nygård*, aff. C-234/99, *Rec.* p. I-3657, pt 19.

d'impositions intérieures, le fait générateur d'une perception »⁸⁶⁰.

Ont ainsi été jugées contraires à l'article 30 TFUE, une taxe frappant les exportations d'œuvres d'art⁸⁶¹ ou encore une taxe sur les exportations des produits fruitiers et maraîchers, même si cette taxe était destinée à financer un contrôle de qualité⁸⁶².

L'article 110 TFUE a, pour sa part, été mis en œuvre dans l'affaire *Van der Hulst*⁸⁶³ relative à une taxe intérieure sur les ventes de bulbes de fleurs. La Cour de justice a jugé que cette disposition était violée, dès lors que la taxe grevait « *les ventes à l'exportation plus lourdement que les ventes sur le marché national* »⁸⁶⁴. Par ailleurs, est considérée comme une imposition intérieure discriminatoire, une mesure fiscale s'appliquant de la même manière aux marchandises destinées au marché national et aux marchandises exportées, si la taxe est partiellement compensée pour les marchandises destinées au marché national⁸⁶⁵.

207. Aux Etats-Unis, la clause de commerce s'applique tant aux mesures fiscales qu'aux mesures non fiscales et n'opèrent pas de distinction analogue à celle du droit communautaire entre les taxes d'effet équivalent à des droits de douane et les impositions intérieures discriminatoires. Sur le fondement de la *dormant commerce clause*, la Cour Suprême a donc déclaré inconstitutionnelles des mesures fiscales discriminatoires à l'égard des exportations. Ainsi, dans l'arrêt *Maryland v. Louisiana* de 1981⁸⁶⁶, la Cour a condamné une taxe sur le gaz promulguée par la Louisiane qui, par le biais d'exemptions, frappait plus lourdement le gaz exporté que le gaz consommé localement. Elle a également sanctionné une loi de l'Etat de New York imposant une taxe plus lourde sur les ventes interétatiques de titres financiers que sur les ventes à l'intérieur de l'Etat⁸⁶⁷.

En revanche, la circonstance qu'il n'existe pas de marché interne – ou que celui-ci est négligeable – pour la catégorie de marchandises concernée par une taxe et que, en conséquence, la mesure fiscale ait pour effet d'affecter des marchandises essentiellement

⁸⁶⁰ CJCE, *Statens Kontrol*, aff. 142/77, préc., pts 23-24.

⁸⁶¹ CJCE, *Commission c/Italie*, aff. 7/68, préc.

⁸⁶² CJCE, *Cadsky S.p.a.*, aff. 63/74, préc. Sur la faculté des Etats à percevoir une rémunération en contrepartie des services qu'ils rendent, v. chapitre 1, section 1, §1, B, du présent titre, *supra*.

⁸⁶³ CJCE, *Van der Hulst*, aff. 51/74, préc.

⁸⁶⁴ Pt 36 de l'arrêt.

⁸⁶⁵ V. par ex. CJCE, *Nygård*, aff. C-234/99, préc. Pour de plus amples développements sur ce point, v. titre 1, chapitre 1, section 2, §2, A de la présente partie, *supra*.

⁸⁶⁶ *Maryland v. Louisiana*, 451 U.S. 725, préc.

⁸⁶⁷ *Boston Stock Exchange*, 429 U.S. 318, préc.

exportées, est indifférent. Dès lors que la mesure est formellement indistinctement applicable, elle est conforme à la clause de commerce⁸⁶⁸.

§2. Les entraves non tarifaires

208. Dans l'Union européenne, l'article 35 TFUE interdit les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent. Après avoir, dans un premier temps, développé une définition analogue des mesures d'effet équivalent aux restrictions à l'importation et à l'exportation – les articles 34 et 35 TFUE étant formulés de la même manière⁸⁶⁹ –, la Cour a retenu une définition plus restrictive des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation. Depuis 1979, relève de l'interdiction toute réglementation ayant « *pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportations et d'établir ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un Etat et son commerce d'exportation de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'Etat intéressé* »⁸⁷⁰. Ainsi, la Cour fait de la différence de traitement le critère de qualification de l'entrave à l'exportation. C'est une conception toutefois extensive de ce critère qu'elle a récemment mise en œuvre puisque l'égalité matérielle recherchée commande, selon la Cour, d'interdire également les mesures formellement indistinctement applicables mais produisant des effets discriminatoires⁸⁷¹.

209. Aux Etats-Unis, la clause de commerce interdit toute entrave au commerce interétatique, sans qu'aucune distinction ne soit opérée entre les importations et les exportations. En conséquence, la Cour Suprême a été amenée à condamner des restrictions non tarifaires aux exportations.

210. Sur le fondement de ces dispositions, diverses mesures ont été condamnées par la Cour

⁸⁶⁸ *Commonwealth Edison Co.*, 453 U.S. 609, préc. Un certain parallèle peut être ici opéré avec l'arrêt CJCE, 17 juin 2003, *De Danske Bilimportører*, aff. C-383/01, *Rec.* p. I-6065 dans lequel la Cour de justice a estimé qu'une mesure fiscale indistinctement applicable s'appliquant en pratique à des marchandises exclusivement produites à l'étranger, en l'absence de production nationale, n'était contraire ni à l'article 110 TFUE ni à l'article 34 TFUE.

⁸⁶⁹ V. par ex. CJCE, 3 février 1977, *Bouhelier*, aff. 53/76, *Rec.* p. 197. A ce propos, v. A. DEFOSSEZ, « L'histoire d'une divergence... », préc., pp. 411-412.

⁸⁷⁰ CJCE, 8 novembre 1979, *Groenveld*, aff. 15/79, *Rec.* p. 3409 (jurisprudence constamment réaffirmée : v. pour un exemple plus récent : CJCE, *Jersey Produce, Marketing*, aff. C-293/02, préc.).

⁸⁷¹ CJCE, 16 décembre 2008, *Gysbrechts et Santurel Inter*, aff. C-205/07, *Rec.* p. I-9947. V. à ce propos, titre 2, chapitre 1, section 1, §1, B, de la présente partie, *infra*.

de justice et par la Cour Suprême.

Ont d'abord été sanctionnées les formes classiques de protectionnisme économique : tant les interdictions d'exportation⁸⁷² que les limitations d'exportation, lorsqu'aucune restriction quantitative équivalente n'a été établie au niveau interne⁸⁷³, ont été jugées contraires aux dispositions « constitutionnelles ». On relèvera que, aux Etats-Unis, la Cour Suprême a, un temps, reconnu le droit de propriété des Etats sur certaines ressources naturelles et animales, de sorte que les législateurs étatiques étaient en droit d'interdire toute exportation de ces ressources⁸⁷⁴. Cette approche a, toutefois, été progressivement abandonnée⁸⁷⁵ et la Cour a procédé officiellement au revirement de sa jurisprudence en 1979⁸⁷⁶. Elle a, cependant, maintenu certaines exceptions pour des ressources jugées vitales, telles que l'eau. A cet égard, elle a admis un contrôle des exportations⁸⁷⁷, tout en condamnant les exigences de réciprocité⁸⁷⁸.

Ont également été jugées protectionnistes, aux Etats-Unis, les réglementations imposant une fourniture préalable du marché interne avant exportation⁸⁷⁹. Dans le même ordre d'idée, ont été interdites les réglementations accordant des droits préférentiels aux consommateurs

⁸⁷² Dans l'UE, v. par ex. CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, *Rec.* p. I-2553 (refus des autorités britanniques de délivrer des licences pour l'exportation d'animaux vivants de boucherie vers l'Espagne) ; CJCE, 25 juin 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp e.a. c/ Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, aff. C-203/96, *Rec.* p. I-4075 (interdiction d'exportation de certains déchets, sauf s'il est démontré que la technique de traitement est de meilleure qualité à l'étranger). Aux Etats-Unis, v. par ex. *West v. Kansas Natural Gas Co.*, 221 U.S. 229 (1911) (interdiction d'exporter du gaz naturel) ; *Foster-Fountain Packing Co. v. Haydel*, 278 U.S. 1 (1928) (interdiction d'exporter des crevettes entières) ; *Johnson v. Haydel*, 278 U.S. 16 (1928) (interdiction d'exporter des huîtres) ; *Hughes*, 441 U.S. 322, préc. (interdiction d'exporter des vairons).

⁸⁷³ CJCE, 9 juin 1992, *Delhaize et Le Lion*, aff. C-47/90, *Rec.* p. I-3669 (arrêt renversé in CJCE, 16 mai 2000, *Belgique c/ Espagne*, aff. C-388/95, *Rec.* p. I-3123).

⁸⁷⁴ *Geer v. Connecticut*, 161 U.S. 519 (1896) (constitutionnalité d'une mesure interdisant l'exportation de gibiers).

⁸⁷⁵ V. par ex. *Foster-Fountain Packing Co.*, 278 U.S. 1, préc. En acceptant l'exportation de crevettes décortiquées, l'Etat de Louisiane a renoncé à son droit de propriété sur cet animal, de sorte qu'il ne peut interdire l'exportation de crevettes entières.

⁸⁷⁶ *Hughes*, 441 U.S., préc., pp. 327-336.

⁸⁷⁷ *Sporhase*, 458 U.S. 941, préc. Un certain parallèle peut être opéré avec l'arrêt *Campus Oil* dans lequel la CJUE a admis une restriction discriminatoire aux importations de produits pétroliers, en raison de l'importance vitale de ces produits (CJCE, *Campus Oil*, aff. 72/83, préc.).

⁸⁷⁸ Sur les exigences de réciprocité, v. titre 2, chapitre 1, section 2, §3 de la présente partie, *infra*.

⁸⁷⁹ *New England Power Co. v. New Hampshire*, 455 U.S. 331 (1982) (inconstitutionnalité d'une réglementation du New Hampshire exigeant qu'une entreprise privée, établie sur son territoire et produisant de l'électricité, vende d'abord son électricité dans le New Hampshire avant de pouvoir l'exporter). V. également *H.P. Hood and Sons*, 336 U.S. 525, préc. (inconstitutionnalité du refus de l'Etat de New York d'accorder une licence à une entreprise spécialisée dans l'achat et la vente de lait, au motif que le lait acheté auprès des producteurs de l'Etat était destiné au marché d'un autre Etat).

locaux⁸⁸⁰. Enfin, l'obligation d'effectuer une opération sur le territoire étatique et interdisant l'exportation si cette opération n'a pas été effectuée, dans le but de favoriser l'industrie locale, est contraire à la clause de commerce⁸⁸¹.

La Cour de justice de l'Union européenne a, pour sa part, été plusieurs fois saisie de mesures établissant des formalités préalables à l'exportation, telles que l'obtention d'une licence d'exportation ou d'un certificat de conformité attestant de la qualité de la marchandise⁸⁸². Elle a considéré, à cet égard que « *l'imposition de toute formalité spéciale à l'exportation, par le retard qu'elle entraîne et l'effet dissuasif qu'elle comporte à l'égard des exportations constitue un obstacle aux échanges* »⁸⁸³. A ce titre, elle a également jugé contraire à l'article 35 TFUE, l'interdiction d'exporter si le producteur n'était pas enregistré auprès d'un organisme⁸⁸⁴ et s'il n'avait pas conclu de contrat de commercialisation avec ce dernier⁸⁸⁵. Enfin, la Cour de justice a condamné les contrôles systématiques dès lors qu'ils avaient pour objet spécifique les exportations, que ces contrôles aient lieu à la frontière ou à l'intérieur du pays⁸⁸⁶.

211. Aux Etats-Unis comme dans l'Union européenne, certaines mesures réservant l'exercice d'une activité économique à une ou plusieurs entreprises étatiques ont également été jugées incompatibles avec le principe d'interdiction des restrictions aux exportations. Ainsi, la réglementation française instaurant un système d'agrément au niveau des ramasseurs d'huiles usagées ainsi qu'au niveau des entreprises chargées de l'élimination de ces huiles et imposant aux éliminateurs agréés de traiter les huiles usagées dans leurs propres installations a été jugée contraire à l'article 34 CEE dans la mesure où cette réglementation avait pour effet d'interdire

⁸⁸⁰ *Pennsylvania v. West Virginia*, 262 U.S. 553, préc.

⁸⁸¹ *Pike*, 397 U.S. 137, préc. (mesure de l'Arizona interdisant les exportations de melons s'ils n'ont pas été emballés sur le territoire étatique) ; *Foster-Fountain Packing Co.*, 278 U.S. 1, préc. (mesure de la Louisiane interdisant l'exportation de crevettes entières et imposant qu'elles soient décortiquées dans des usines établies dans l'Etat avant leur exportation) ; *Toomer v. Witsell*, 334 U.S. 385, préc. (obligation pour les bateaux pêchant dans les eaux maritimes de Caroline du Sud de débarquer leur pêche dans cet Etat) ; *South-Central Timber Development, Inc. v. Wunnicke*, 467 U.S. 82 (1984) (obligation imposée aux acheteurs de bois de procéder à une première transformation du bois sur le territoire étatique).

⁸⁸² CJCE, *Bouhelier*, aff. 53/76, préc.

⁸⁸³ CJCE, 16 mars 1977, *Commission / France*, aff. 68/76, *Rec.* p. 515.

⁸⁸⁴ CJCE, 3 février 1983, *Van Luijen*, aff. 29/82, *Rec.* p. 151.

⁸⁸⁵ CJCE, *Jersey Produce Marketing*, aff. C-293/02, préc.

⁸⁸⁶ CJCE, *Deutsches Milch-Kontor I*, aff. C-426/92, préc. ; CJCE, 15 avril 1997, *Deutsches Milch-Kontor II*, aff. C-272/95, *Rec.* p. I-1905.

l'exportation des huiles usagées vers l'étranger⁸⁸⁷. Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises⁸⁸⁸, la Cour ayant constamment considéré que l'octroi de droits exclusifs à certaines entreprises pour traiter les déchets et interdisant, explicitement ou implicitement, les exportations était contraire au traité⁸⁸⁹. Cet arrêt peut être, en grande partie, rapproché de l'arrêt *C&A Carbone, Inc.*⁸⁹⁰, rendu par la Cour Suprême en 1994, dans lequel une réglementation locale imposant aux entreprises établies sur le territoire communal de livrer leurs déchets à une société titulaire d'un monopole a été jugée contraire à la clause de commerce. Si les raisonnements déployés divergent – montrant qu'une même réglementation peut être appréhendée sous différents angles : entrave à l'exportation dans les affaires communautaires, discrimination à l'accès au marché pour les entreprises « étrangères » dans l'affaire *C&A Carbone*⁸⁹¹ – le résultat est similaire.

212. L'ensemble de ces exemples montrent que les Etats peuvent, dans certaines hypothèses liées à leurs intérêts économiques propres, être tentés de limiter ou contrôler les exportations. Les juridictions suprêmes veillent à la suppression des réglementations ayant de tels effets. En revanche, elles ne sanctionnent pas toutes les mesures susceptibles d'avoir un effet sur les exportations. Ainsi, les réglementations internes de la production – interdictions de fabriquer certaines marchandises⁸⁹², législations sociales⁸⁹³, mesures de stabilisation des prix⁸⁹⁴, etc. – peuvent avoir pour effet indirect de restreindre les exportations. De telles mesures, indistinctement applicables, n'ont toutefois pas pour objet de favoriser l'économie étatique au détriment des autres Etats et ne sont donc pas, en principe, contraires à la Constitution

⁸⁸⁷ CJCE, 10 mars 1983, *Fabricants raffineurs d'huile de graissage c/ Inter-Huiles*, aff. 172/82, *Rec.* p. 555.

⁸⁸⁸ V. CJCE, 9 février 1984, *Rhône-Alpes Huiles*, aff. 295/82, *Rec.* p. 575 ; CJCE, 7 février 1985, *Commission c/ France*, aff. 173/83, *Rec.* p. 491.

⁸⁸⁹ V. par ex. CJCE, 6 octobre 1987, *Openbaar ministerie c/ Nertsvoederfabriek Nederland*, aff. 118/86, *Rec.* p. 3903 ; CJCE, *Dusseldorp*, aff. C-203/96, préc. ; CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, aff. C-209/98, *Rec.* p. I-3743.

⁸⁹⁰ *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S. 383, préc.

⁸⁹¹ La réglementation française aurait d'ailleurs pu être appréciée sous cet angle : elle empêchait les entreprises étrangères d'accéder au marché, portant ainsi atteinte au principe de la libre prestation des services.

⁸⁹² V. par ex. CJCE, 7 février 1984, *Jongeneel Kaas*, aff. 237/82, *Rec.* p. 483.

⁸⁹³ V. par ex. CJCE, 28 février 1991, *Marchandise e.a.*, aff. C-332/89, *Rec.* p. I-1027, pt 17.

⁸⁹⁴ V. par ex. *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341, préc.

américaine ou au TFUE⁸⁹⁵.

Section 2 – Les entraves à la sortie des personnes du territoire étatique

213. Si l'on perçoit bien qu'une entrave à l'exportation de marchandises peut être de nature protectionniste, il semble plus difficile de le concevoir à l'égard de la libre circulation des personnes. Certes, une mesure défavorisant les personnes faisant usage de leur liberté de circulation peut être un moyen de protéger les intérêts économiques nationaux. Ainsi, un Etat peut-il vouloir limiter ses dépenses publiques et, à cette fin, limiter le nombre de bénéficiaires de ses prestations sociales. Exclure du bénéfice de ses prestations les personnes faisant usage de leur liberté de circulation peut ainsi constituer l'instrument d'une telle politique. Les autorités publiques peuvent également vouloir maintenir leurs recettes fiscales en contrôlant la migration fiscale et en défavorisant ceux qui font, en la matière, usage de leur liberté de circulation. Toutefois, de tels objectifs dépassent une conception stricte du protectionnisme économique⁸⁹⁶ et, aux Etats-Unis, ils n'ont pas été perçus comme affectant les dispositions constitutionnelles, dès lors que la réglementation litigieuse n'avait pas trait, directement, à la circulation des personnes⁸⁹⁷.

214. Au contraire, dans l'Union européenne, la Cour de justice a, afin d'assurer une libre circulation effective, décidé d'étendre les interdictions édictées par le traité aux mesures défavorisant, notamment pour des raisons budgétaires, l'émigration. Elle a, à cette fin, adapté ses instruments d'analyse, le critère de non discrimination étant inopérant pour appréhender de telles restrictions à la libre circulation. Selon la Cour, sont contraires aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes, « [les mesures] *qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un Etat membre de quitter son Etat d'origine pour exercer son droit à la libre*

⁸⁹⁵ En qualifiant récemment d'entraves des mesures indistinctement applicables mais discriminatoires en pratique, la Cour de justice s'est partiellement détachée d'une approche protectionniste de la restriction à l'exportation (v. CJCE, *Gysbrechts et Santurel Inter*, aff. C-205/07, préc.). Il n'est toutefois pas certain que la Cour aligne sa jurisprudence en matière d'exportations sur celle qu'elle a développée en matière d'importations (à ce propos, v. titre 2, chapitre 1, section 1, §1, B, *infra*).

⁸⁹⁶ V. à ce propos, 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, §1, *infra*.

⁸⁹⁷ L'un des seuls arrêts, à notre connaissance, dans lequel la Cour a sanctionné une restriction à la sortie du territoire est l'arrêt *Crandall*, 73 U.S. 35, préc. En l'espèce, la Cour Suprême a déclaré inconstitutionnelle une taxe sur les passagers de train et autres moyens de transport dont le fait générateur était la sortie du territoire.

circulation [...] même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés »⁸⁹⁸. En matière de libre prestations de services, la Cour a également souvent indiqué que l'article 56 TFUE s'opposait « à l'application de toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre États membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un État membre »⁸⁹⁹.

Si de telles entraves ne peuvent être qualifiées de discriminatoires *stricto sensu*, puisque le critère de la nationalité est indifférent⁹⁰⁰, en revanche elles peuvent être rattachées à une violation du principe d'égalité⁹⁰¹. En effet, elles opèrent soit des différenciations entre catégories de citoyens – ceux qui maintiennent une résidence sur le territoire et ceux qui quittent le territoire pour établir leur résidence ailleurs dans l'Union⁹⁰² – soit entre prestataires de services, selon le lieu d'établissement.

215. Le cas des prestations sociales fournit un bon exemple de l'approche formaliste des juges américains comparée à l'approche téléologique des juges communautaires.

Aux Etats-Unis, les juridictions se sont livrés à une interprétation orthodoxe du principe de non discrimination, tel que dégagée, notamment, dans l'arrêt *Saenz v. Roe* de 1999. On se souvient que, dans cette décision, la Cour Suprême avait synthétisé sa jurisprudence antérieure en résumant le “*right to travel*” à trois droits fondamentaux⁹⁰³. Or ces trois droits

⁸⁹⁸ V. par ex. CJCE, 7 mars 1991, *Masgio*, aff. C-10/90, *Rec.* p. I-1119 ; CJCE, 26 janvier 1999, *Terhoeve*, aff. C-18/95, *Rec.* p. I-345, pt 37 ; CJCE, *Tas-Hagen et Tas*, aff. C-192/05, *préc.* ; CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais*, aff. C-325/08, *Rec.* p. I-2177, pt 34.

⁸⁹⁹ V. par ex. CJCE, 28 avril 1998, *Kohll c/ Union des caisses de maladies*, aff. C-158/96, *Rec.* p. I-1935, pt 33 ; CJCE, *Stylianikis*, aff. C-92/01, *préc.*, pt 25 ; CJCE, 11 septembre 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-318/05, *Rec.* p. I-6957, pt 81 ; CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c/ Portugal*, aff. C-255/09 (non encore publié au recueil), pt 54.

⁹⁰⁰ Pour reprendre les propos de K. LENAERTS et de L. BERNARDEAU à propos des entraves fiscales à la sortie : « il peut sembler discutable de déceler une discrimination puisque [...] l'interdiction des restrictions [...] à la sortie opère indépendamment de toute discrimination au sens strict, c'est-à-dire toute inégalité de traitement fondée directement ou indirectement sur la nationalité : l'interdiction des entraves – à la sortie – protège en premier lieu les ressortissants ou résidents d'un Etat membre contre ce propre Etat membre – quand bien même la même mesure peut déployer des effets restrictifs externes et incontestablement discriminatoires dans certaines hypothèses » (K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *préc.*, p. 56).

⁹⁰¹ V. à ce propos, chapitre 1, section 2, §1, C du présent titre, *supra*.

⁹⁰² V. en ce sens, K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *préc.* Tout en qualifiant de non discriminatoires les entraves à la sortie, les auteurs les rangent dans la catégorie plus large de violation du principe d'égalité (v. pp. 44 et s.).

⁹⁰³ Pour rappel, le droit d'un citoyen d'entrer sur le territoire d'un Etat ou de le quitter, c'est-à-dire le droit de se déplacer ; le droit d'être traité comme un visiteur bienvenu et non comme un étranger inamical en cas de séjour temporaire dans un Etat autre que son Etat de résidence, notamment pour des raisons économiques ; le droit de bénéficier du même traitement que les citoyens de l'Etat d'accueil en cas d'installation permanente dans cet Etat (*Saenz*, 526 U.S., *préc.*, p. 500). V. chapitre 1, section 2, §3, A du présent titre, *supra*.

visaient tous l'entrée et l'établissement sur le territoire d'un autre Etat que l'Etat d'origine. Interprétant strictement cette jurisprudence, certaines juridictions américaines ont estimé qu'elle ne concernait que le traitement réservé par l'Etat d'accueil et excluait le traitement, même discriminatoire, appliqué par l'Etat d'origine. Ainsi, dans l'arrêt *McEnemey v. United States Surgical Corp.*, rendu en 2002 par une juridiction d'appel du Connecticut⁹⁰⁴, une réglementation du Connecticut qui suspendait les indemnités liées aux accidents du travail lorsque le bénéficiaire s'installait dans un autre Etat, a été déclarée conforme à la Constitution. Les juges ont estimé à cet égard que le *right to travel* n'était pas opposable à un Etat dont la personne n'était plus résidente⁹⁰⁵. En 1980, une Cour fédérale d'appel avait déjà estimé qu'une réglementation accordant une augmentation des pensions relatives aux accidents du travail aux seuls résidents n'était pas contraire à l'*Equal Protection clause* ainsi qu'au *right to travel*⁹⁰⁶.

De telles réglementations affectent pourtant, en pratique, la libre circulation des citoyens qui constitue l'objectif du *right to travel*⁹⁰⁷. Il est, par ailleurs, difficile d'affirmer le caractère fondamental du droit de voyager si un citoyen peut entrer sur le territoire de tout Etat mais est dissuadé de quitter son Etat d'origine⁹⁰⁸. Dénonçant ce vide juridique, certains auteurs ont appelé à une interprétation plus audacieuse des principes dégagés par la Cour Suprême⁹⁰⁹.

216. Ces décisions sont à mettre en contraste avec la jurisprudence communautaire. La Cour de justice considère, en effet, qu'une condition de résidence dans l'Etat pour l'attribution de prestations sociales et la suppression de ces prestations en cas de migration dans un autre Etat constitue une entrave à la libre circulation des personnes. Toutefois, l'interdiction finale d'une telle exigence est fonction de la prestation en cause.

Tout d'abord le règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté⁹¹⁰ prévoyait expressément que certaines prestations

⁹⁰⁴ *McEnemey v. United States Surgical Corp.*, 850 A.2d 816 (Conn. App. Ct. 2002).

⁹⁰⁵ Des jugements similaires avaient déjà été rendus antérieurement à l'arrêt *Saenz v. Roe*. V. par ex. *Fisher v. Reiser*, 610 F.2d 629 (9th Cir.1979).

⁹⁰⁶ *Fisher v. Reiser*, 610 F.2d 629, préc.

⁹⁰⁷ V. l'opinion dissidente dans l'affaire *Fisher v. Reiser*, 610 F.2d 629, préc.

⁹⁰⁸ M. L. HIMES, "You Can't Take Without You: the Constitutionality of Workers' Compensation Rules Based on Residency", *W. New Eng. L. Rev.*, vol. 27, 2005, p. 261, spéc. pp. 294-295.

⁹⁰⁹ *Id.*

⁹¹⁰ Préc.

de sécurité sociale ne pouvaient être soumises à une exigence de résidence. Selon son article 10, il s'agissait des « *prestations en espèces d'invalidité, de vieillesse ou de survivants, les rentes d'accident du travail ou de maladie professionnelle et les allocations de décès* »⁹¹¹. Le règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale⁹¹² a élargi cette liste puisque sont désormais visées, sauf disposition expresse, toutes les prestations en espèces⁹¹³. De telles prestations ne peuvent être ni supprimées ni modifiées au motif que le bénéficiaire ne résiderait plus dans l'Etat qui les fournit. Il apparaît, ainsi, que les suppressions ou les réductions de prestations liées aux accidents du travail – qui avaient été considérées conformes à la Constitution aux Etats-Unis – seraient, en principe, jugées contraires au droit communautaire.

Pour les autres prestations, l'exigence de résidence peut constituer soit une violation de l'article 45 TFUE soit une violation de l'article 21 TFUE, selon que ces prestations sont liées ou non à la qualité de travailleur. Il est constant, en effet, qu'une telle exigence, en pénalisant les ressortissants faisant usage de leur droit à la libre circulation, est susceptible de les dissuader d'exercer un tel droit⁹¹⁴.

Si la qualification d'entrave est automatique, cela ne signifie pour autant pas qu'un Etat membre de l'Union européenne ne peut jamais subordonner l'octroi d'une prestation à une exigence de résidence. En effet, pour certaines prestations la Cour a jugé que cette exigence était nécessaire pour contrôler que les autres conditions d'attribution étaient toujours remplies. Ainsi, les Etats membres peuvent exiger des bénéficiaires de l'allocation chômage qu'ils résident sur leur territoire et ce, afin de vérifier qu'ils sont bien à la recherche d'un emploi ou que leur situation n'a pas subi de modifications susceptibles d'avoir une incidence sur la prestation octroyée⁹¹⁵. En revanche, la Cour de justice a exclu que l'octroi d'une pension de victime de guerre puisse être subordonnée à une exigence de résidence⁹¹⁶.

⁹¹¹ Par ailleurs, d'autres dispositions du règlement interdisent, avec certaines exceptions, les clauses de résidence. V. par ex. l'article 73 relatif aux prestations familiales : « *Le travailleur salarié ou non salarié soumis à la législation d'un Etat membre a droit, pour les membres de sa famille qui résident sur le territoire d'un autre Etat membre, aux prestations familiales prévues par la législation du premier Etat [...]* ».

⁹¹² JO L 166, p. 1.

⁹¹³ V. article 7 du règlement.

⁹¹⁴ V. not. CJCE, *Tas-Hagen et Tas*, aff. C-192/05, préc., pt 30 ; CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, *Rec.* p. I-3993.

⁹¹⁵ v. par ex., CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, *Rec.* p. 6947.

⁹¹⁶ CJCE, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, préc. ; CJCE, *Nerkowska*, aff. C-499/06, préc. ; CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka-Weyhermüller*, aff. C-221/07, *Rec.* p. I-9029.

Il n'existe donc pas, en droit communautaire, de règle générale interdisant toute exigence de résidence et c'est une approche au cas par cas, critiquée par une partie de la doctrine, qui est mise en œuvre⁹¹⁷.

217. La Cour de justice a été saisie d'entraves à la sortie dans plusieurs autres domaines, notamment en matière de fiscalité⁹¹⁸. En revanche, la jurisprudence de la Cour Suprême ne révèle, à notre connaissance, quasiment aucune affaire similaire⁹¹⁹. Il apparaît clairement que les dispositions constitutionnelles ont vocation à empêcher toute discrimination sur le territoire d'un Etat à l'égard des citoyens des autres Etats, mais n'ont pas pour fonction d'étendre les bénéfices accordés par un Etat aux personnes ne résidant plus sur son territoire, nonobstant les éventuels effets sur la liberté de circulation des citoyens.

218. En conclusion, l'examen des entraves à la sortie montre que la conception du protectionnisme économique, en la matière, n'est pas tout à fait la même aux Etats-Unis et dans l'Union européenne. La Cour Suprême a une conception classique du protectionnisme qui concerne essentiellement le commerce de marchandises. La Cour de justice semble avoir une conception plus large⁹²⁰, exigeant une solidarité entre les Etats de nature à encourager la circulation des citoyens. Cette solidarité peut ainsi les amener à accorder des avantages aux personnes ne résidant pas sur leur territoire, alors qu'une telle exigence n'est pas imposée aux Etats fédérés américains.

⁹¹⁷ V. par ex. la chronique de J.Y CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne 1^{er} janvier – 31 décembre 2006 », *JTDE*, n° 137, 2007, p. 82.

⁹¹⁸ V. par ex. CJCE, *De Groot*, aff. C-385/00, préc. ; CJCE, 11 mars 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, aff. C-9/02, *Rec. p. I-2409* ; CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, aff. C-196/04, *Rec. p. I-7995* ; CJCE, 19 novembre 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, *Rec. p. I-11049* ; CJUE, 6 septembre 2012, *DI VI Finanziaria SAPA di Diego della Valle*, aff. C-380/11 (non encore publié au recueil).

⁹¹⁹ A l'exception de l'arrêt *Crandall*, 73 U.S. 35, préc.

⁹²⁰ On pourrait arguer qu'il ne s'agit plus de protectionnisme économique, d'autant que la Cour de justice ne se préoccupe pas de rattacher son raisonnement à cet objectif. Nous avons, toutefois, constaté que les motivations des Etats, en la matière, étaient d'essence « protectionniste » (maîtrise des dépenses budgétaires, volonté de limiter l'émigration, notamment économique, etc.) et que l'analyse était essentiellement fondée sur la recherche d'un traitement défavorable.

Conclusion du titre

219. Au-delà des solutions singulières dans certains domaines, les jurisprudences américaine et communautaire convergent, sur le plan des principes, dès lors qu'il s'agit de supprimer toute politique protectionniste entre les Etats de l'Union. Les droits de douane et taxes d'effet équivalent sont ainsi prohibés. Toutes les mesures visant à favoriser la production étatique au détriment de la production des autres Etats sont également interdites. A ce titre, les juridictions ont condamné toutes les restrictions quantitatives mais également les mesures directement ou indirectement discriminatoires à l'égard des importations, telles que les réglementations fiscales défavorables aux produits importés ou encore les réglementations des prix protégeant les productions étatiques. Elles ont, par ailleurs, interdit aux Etats de restreindre les importations, en leur imposant des mesures discriminatoires.

Elles ont également veillé au respect du principe d'égalité entre les citoyens, les Etats ne pouvant, sous certaines réserves⁹²¹, administrer un traitement différent aux citoyens des autres Etats. A cet égard, des différences plus sensibles apparaissent entre les jurisprudences américaine et communautaire, les dispositions « constitutionnelles » applicables ne poursuivant pas des finalités tout à fait similaires. L'exemple de la profession d'avocat a permis de mesurer ces divergences et met en relief le contrôle juridictionnel plus limité aux Etats-Unis. Il n'en demeure pas moins que, saisies de litiges similaires, les juridictions sont souvent parvenues à des résultats analogues. Ainsi, le principe d'égalité de traitement s'étend à toutes les législations susceptibles d'affecter les citoyens : il concerne aussi bien l'accès au marché du travail, que le traitement fiscal ou encore l'attribution de prestations sociales.

Ainsi, la volonté commune de la Cour Suprême et de la Cour de justice de détecter et interdire le protectionnisme économique permet, sur le fond, une comparaison approfondie de leur jurisprudence.

220. Toutefois, l'interdiction du seul protectionnisme économique n'apparaît pas suffisante pour réaliser un marché unique. En effet, « [d]ans une économie plus intégrée, certaines réglementations étatiques non discriminatoires, non protectionnistes peuvent imposer des externalités négatives dont les effets sont aussi sévères que ceux des législations

⁹²¹ V. 2^{ème} partie, titre 2, *infra*.

discriminatoires »⁹²².

221. La Cour Suprême et la Cour de justice ont donc choisi, dans une mesure différente, d'étendre le champ d'application des dispositions « constitutionnelles » aux mesures non discriminatoires.

⁹²² L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 1042.

Titre 2 – Le décloisonnement des marchés

222. L'application exclusive du principe de non-discrimination maintient, en l'absence de réglementations uniformes adoptées au niveau central, une segmentation juridique des marchés⁹²³. Comme l'a relevé le professeur MATTERA en 1992, à propos de l'Union européenne, si l'on s'en était tenu à la seule exigence de l'égalité de traitement, « [n]ous n'aurions pas instauré un marché commun, mais une Communauté de douze fiefs nationaux à l'intérieur de laquelle chaque opérateur aurait pu pénétrer dans le marchés des autres à la condition de passer sous ses "fourches caudines" »⁹²⁴. Aux Etats-Unis, il a pareillement été relevé par la Cour Suprême que « le manque d'uniformité tend à obstruer le commerce, à diviser la Nation en de nombreux marchés »⁹²⁵.

223. Le décloisonnement des marchés étatiques, afin de créer un véritable marché intérieur dans lequel « la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée », implique donc d'interdire certaines mesures indistinctement applicables. Si de nombreuses mesures sont susceptibles d'avoir un effet sur les échanges, toutes n'emportent, cependant, pas un cloisonnement des marchés étatiques. Il s'agit, dès lors, pour les juridictions de déterminer les mesures qui comportent un tel effet. Autrement dit, il leur

⁹²³ V. en ce sens, K. ARMSTRONG, "Mutual Recognition", in C. BARNARD and J. SCOTT, *The Law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, p. 225, spéc. pp. 229-230

⁹²⁴ A. MATTERA, « L'article 30 du traité de la CEE, la jurisprudence « Cassis de Dijon » et le principe de reconnaissance mutuelle... », préc., p. 27. V., dans le même sens, les conclusions de l'avocat général JACOBS sous l'arrêt CJCE, 9 février 1995, *Leclerc-Siplec c/ TFI Publicité*, aff. C-412/93, *Rec. p. I- 179*, pt 25 : « si un Etat membre pouvait interdire l'importation et la vente de produits légalement fabriqués dans un autre Etat membre simplement parce qu'ils ne répondent pas aux prescriptions de l'Etat membre d'importation, il n'y aurait pas de marché commun ».

⁹²⁵ *Florida Lime & Avocado Growers, Inc. v. Paul*, 373 U.S. 132, 169 (1963).

revient de définir les critères de qualification de l'entrave⁹²⁶. A cet égard, la jurisprudence se révèle hésitante, aucun critère ne permettant d'expliquer l'ensemble des arrêts rendus de part et d'autre de l'Atlantique (chapitre 1). Une certaine systématisation théorique demeure, néanmoins, possible. Celle-ci conduit à constater que la Cour de justice de l'Union européenne a une conception de l'entrave bien plus large que la Cour Suprême des Etats-Unis (chapitre 2). Elle conduit également à s'interroger sur un éventuel dépassement de l'objectif de décloisonnement des marchés au profit d'un objectif de libéralisation de l'économie (chapitre 3).

Chapitre 1 – L'entrave non discriminatoire : un concept jurisprudentiel imprécis

224. « Une fois dépassée, l'exigence de non-discrimination, les implications de la liberté de circulation constituent un univers incertain en raison de la difficulté que présente toute tentative de cerner la notion d'entrave aux échanges [...]. Jusqu'ici [...], la difficulté d'interprétation des décisions et les interrogations qu'elles suscitent témoignent de l'absence de solution satisfaisante »⁹²⁷. Cette observation, toujours d'actualité, du professeur ROBIN-OLIVIER pourrait, *a fortiori*, être étendue à la jurisprudence américaine : si la Cour Suprême a jugé qu'une réglementation non discriminatoire pouvait être contraire à la clause de commerce, elle n'a pas réellement énoncé les critères de qualification de l'entrave. La démarche de la juridiction américaine est, en effet, différente de celle du juge communautaire.

⁹²⁶ La Constitution américaine ne contient aucun critère à cet égard. Il incombe donc entièrement à la Cour Suprême d'identifier les mesures contraires à la *dormant commerce clause*. Le TFUE ne définit pas davantage la notion de mesures d'effet équivalent ou celle de restrictions. Il est donc revenu à la Cour de justice d'identifier les critères de qualification de ces notions. Certains textes de droit dérivé sont, néanmoins, plus précis (v. par ex. la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, préc.).

⁹²⁷ S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, op. cit., p. 276.

Tandis que la Cour de justice a proposé plusieurs définitions de l'entrave non discriminatoire (section 1) et procédé, dans un second temps, au contrôle de proportionnalité des mesures qualifiées comme telles, la Cour Suprême n'a pas réellement distingué l'étape de qualification de la réglementation litigieuse et l'étape de justification de celle-ci. L'existence même d'un obstacle au commerce interétatique est très peu discuté, la Cour se concentrant sur le degré de cet obstacle et la compétence de l'Etat pour adopter la réglementation litigieuse. Ce relatif désintérêt pour la qualification même de l'entrave se manifeste nettement dans l'ordre d'analyse de la Cour Suprême : celle-ci se concentre souvent, en premier lieu, sur les objectifs poursuivis par l'Etat pour envisager seulement, et souvent lapidairement, dans un second temps, l'entrave. Aussi doit-on partir des solutions données aux litiges, par la juridiction américaine, pour essayer de construire une théorie de l'entrave non discriminatoire. L'examen de ces solutions enseigne que le dépassement du principe de non-discrimination est, aux Etats-Unis, plus apparent que réel (section 2).

Section 1 – Dans l'Union européenne : un dépassement effectif du principe de non discrimination

225. Paradoxalement, les arrêts de principe dans l'Union européenne fournissent assez peu d'indices sur les éléments caractérisant l'entrave. Comme l'a souligné le professeur ROBIN-OLIVIER, « [l]es différentes formules retenues par la Cour de justice pour s'opposer à des réglementations nationales jugées contraires au principe de libre circulation ont en commun leur caractère particulièrement ouvert et l'absence de critères précis d'identification des entraves »⁹²⁸. Cette observation vaut tant pour la libre circulation des marchandises (§1) que pour la libre circulation des personnes et des services (§2).

⁹²⁸ S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, op. cit., p. 266.

§1. L'entrave non discriminatoire dans le domaine de la libre circulation des marchandises

226. Il est rapidement apparu, dans la jurisprudence de la Cour de justice, que certaines mesures exemptes de toute discrimination étaient néanmoins susceptibles d'affecter les importations et devaient donc être justifiées par les Etats (A). Cette conception de l'entrave n'a pas été étendue aux exportations, bien qu'un rapprochement partiel des jurisprudences ait pu être perçu ces dernières années (B).

A. L'entrave aux importations

227. En matière de libre circulation des marchandises, la notion d'entrave s'articule autour de la tétralogie jurisprudentielle *Dassonville*⁹²⁹ – *Cassis de Dijon*⁹³⁰ – *Keck et Mithouard*⁹³¹ – « *Cyclomoteurs* »⁹³². Or, seuls les deux derniers arrêts délimitent réellement le concept, en indiquant les mesures qui ne sont pas, *a priori*, de nature à faire obstacle à la libre circulation.

228. La définition des mesures d'effet équivalent proposée par l'arrêt *Dassonville* constitue, depuis 1974, le point de départ systématique de la Cour dans les affaires concernant la circulation des marchandises. Aux termes de cet arrêt, « *toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives* »⁹³³. Cette définition soulève deux interrogations.

Tout d'abord, une mesure doit-elle être discriminatoire – en droit ou en fait – pour entraver le

⁹²⁹ CJCE, *Dassonville*, aff. 8/74, préc.

⁹³⁰ CJCE, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, préc.

⁹³¹ CJCE, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267 et 268/91, préc.

⁹³² CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, préc.

⁹³³ CJCE, *Dassonville*, aff. 8/74, préc., pt 5.

commerce intracommunautaire ?⁹³⁴ Une lecture littérale de la formule invite naturellement à répondre par la négative. Toutefois, la question a pu opposer la doctrine⁹³⁵ dans la mesure où, d'une part, la réglementation litigieuse dans l'affaire pouvait être elle-même analysée comme étant discriminatoire⁹³⁶ et, d'autre part, la Cour s'est essentiellement prononcée sur des mesures défavorisant les produits importés jusqu'à la fin des années 1970⁹³⁷. Les développements jurisprudentiels à partir de l'arrêt *Cassis de Dijon* ont progressivement rendu obsolète ce débat, les juges communautaires ayant de plus en plus condamné des mesures indistinctement applicables, sans aucune considération quant à leur éventuel effet discriminatoire⁹³⁸. Seule une partie marginale de la doctrine a donc continué d'analyser le concept d'entrave à l'aune du critère de la discrimination, en se fondant cependant sur une conception élargie de ce critère⁹³⁹.

Ensuite, la définition impliquait-elle de recourir à des critères quantitatifs ? Autrement dit,

⁹³⁴ Rappelons que, pour la Commission, les mesures indistinctement applicables « dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce » constituent des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation (article 3 de la directive 70/50/CEE, préc.). Le critère employé – la mesure doit dépasser les effets propres d'une réglementation de commerce – apparaît cependant pour le moins abscons et permet difficilement d'identifier les mesures constitutives d'une entrave (v. en ce sens R. JOLIET, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt *Keck et Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence », *JTDE*, n° 12, 1994, p. 145, spéc. p. 146 ; A. MATTERA « L'article 30 du traité de la CEE, la jurisprudence « *Cassis de Dijon* » et le principe de reconnaissance mutuelle... », préc., p. 29).

⁹³⁵ A propos des oppositions doctrinales à cette époque, v. M. WAELBROECK, *Les réglementations nationales de prix...*, op. cit., pp. 23 et s. ; F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, op. cit., p. 108 ; P. OLIVER, *Free movement of goods...*, op. cit., p. 113.

⁹³⁶ En l'espèce, la mesure interdisait l'importation des marchandises portant une appellation d'origine lorsque cette marchandise n'était pas accompagnée d'une pièce officielle délivrée par l'Etat exportateur. La réglementation n'opérait donc pas de distinction entre les produits nationaux et importés. En revanche, dans la mesure où seuls les importateurs directs étaient en mesure de satisfaire à la condition posée, elle défavorisait les importations parallèles. Cette distinction entre les importateurs a conduit certains auteurs à qualifier la mesure litigieuse de discriminatoire (v. par ex. W. WILS, « The Search for the Rule... », préc., p. 481 ; C. HILSON, « Discrimination in Community free movement law », préc., p. 446 ; D. WILSHER, « Does *Keck* discrimination make any sense?... », préc., p. 10).

⁹³⁷ V. not la série d'arrêts sur les prix dans laquelle, on l'a vu (titre 1), la Cour s'est concentrée sur la nature protectionniste des réglementations : CJCE, *Tasca*, aff. 65/75, préc. ; CJCE, *SADAM*, aff. jtes 88 à 90/75, préc. ; CJCE, *GB-Inno c/ ATAB*, aff. 13/77, préc. ; CJCE, *Van Tiggele*, aff. 82/77, préc. Pour l'ancien juge et professeur R. JOLIET, « la formule Dassonville n'avait en vue que des réglementations s'appliquant spécifiquement aux produits importés » (R. JOLIET, « La libre circulation des marchandises... », préc., p. 146).

⁹³⁸ L'arrêt *Cassis de dijon*, à lui seul, ne permet pas d'écarter définitivement la thèse restrictive, la mesure litigieuse apparaissant protectionniste (M. POIARES MADURO, *We the Court...*, op. cit., p. 61). En revanche, la jurisprudence ultérieure confirme que la Cour qualifie d'entraves des mesures non protectionnistes et non discriminatoires.

⁹³⁹ V. par ex., G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle... », préc., p. 291 ; L. DEFALQUE, « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », *CDE*, n° 4-5, 1987, p. 471, spéc. p. 490. Sur cette approche, v. chapitre 2, section 1, §1, A, 2 du présent titre, *infra*.

convenait-il de démontrer une diminution des importations, au moins potentielle ? Dans la mesure où la réglementation doit produire des effets équivalents à une restriction quantitative, on aurait pu penser qu'une analyse fondée sur l'évolution du volume d'importations aurait été pertinente⁹⁴⁰. Cependant un tel critère a souvent été écarté⁹⁴¹ : non seulement il n'est pas nécessaire de démontrer une diminution des importations⁹⁴², mais une augmentation de celles-ci n'est pas suffisante pour écarter une violation du traité⁹⁴³. A l'opposé, l'éventualité qu'une mesure restreigne les importations n'implique pas *ipso facto* que celle-ci entrave le commerce intracommunautaire⁹⁴⁴.

229. Le critère de la discrimination et l'approche quantitative étant écartés, la question des critères de qualification de l'entrave demeure⁹⁴⁵. L'arrêt *Cassis de Dijon* n'a pas véritablement permis de répondre à cette question. Dans sa fameuse décision de 1979, la Cour a jugé que « *les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives* »⁹⁴⁶. De cet énoncé découlent deux enseignements. D'une part, l'obstacle à la libre circulation procède directement de la disparité législative⁹⁴⁷. Ce n'est donc pas la législation nationale en elle-même qui affecte la circulation mais sa

⁹⁴⁰ V. par ex. E. WHITE, "In search of the limits...", préc., p. 243 (l'auteur écarte cette hypothèse) ; F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, op. cit., p. 103 ; S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, op. cit., pp. 270-271.

⁹⁴¹ Nonobstant quelques cas isolés (v. not. CJCE, 26 octobre 2006, *Commission c/ Grèce*, aff. C-65/05, *Rec.* p. I-10341).

⁹⁴² V. en ce sens, CJCE, 13 mars 1984, *Prantl*, aff. 16/83, *Rec.* p. 1299, pt 20 ; CJCE, 18 mai 1993, *Yves Rocher*, aff. C-126/91, *Rec.* p. I-2361, pt 21.

⁹⁴³ V. par ex. CJCE, *Cullet*, aff. 231/83, préc., pt 28 ; CJCE, 8 mars 2001, *Gourmet International Products*, aff. C-405/98, *Rec.* p. I-1795, pt 22 ; CJCE, 14 décembre 2004, *Radlberger & Spitz*, aff. C-309/02, *Rec.* p. I-11763, pt 69.

⁹⁴⁴ V. par ex. CJCE, 14 juillet 1981, *Oebel*, aff. 155/80, *Rec.* p. 1993 ; CJCE, 31 mars 1982, *Thomas Blesgen*, aff. 75/81, *Rec.* p. 1211 ; CJCE, 25 novembre 1986, *Forest*, aff. 148/85, *Rec.* p. 3449 ; CJCE, 11 juillet 1990, *Quietlynn*, aff. C-23/89, *Rec.* p. I-3059. Dans ces affaires, les réglementations contestées avaient pour effet de limiter les possibilités de commercialisation ou de production (en limitant les points de vente, les horaires de fabrication, les quantités produites, etc.). Les opérateurs économiques lésés alléguèrent qu'une diminution des ventes entraînait une restriction des importations. La Cour a rejeté cette argumentation, faisant valoir que les importations demeuraient possibles.

⁹⁴⁵ Comme l'a relevé le professeur WILS, « *la formule de [l'arrêt] Dassonville, telle qu'employée par la Cour, ne comporte aucun critère* » (W. WILS, "The Search for the Rule...", préc., p. 482).

⁹⁴⁶ CJCE, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, préc.

⁹⁴⁷ V. en ce sens, S. WEATHERILL, "Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market", in C. BARNARD and J. SCOTT, *The Law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, p. 41, spéc. pp. 43-44.

coexistence avec des réglementations différentes⁹⁴⁸. D'autre part, interprétée *a contrario*, la formule laisse apparaître que de tels obstacles sont contraires aux dispositions du traité s'ils ne sont pas nécessaires pour atteindre un objectif légitime⁹⁴⁹. Autrement dit, on peut penser que toute mesure commerciale d'un Etat, dès lors qu'elle diverge de celles des autres Etats membres, doit être justifiée. Certains arrêts ont, d'ailleurs, pu laisser penser que tel était le cas. Ainsi dans sa décision *Cinéthèque* de 1985, la Cour, appelée à apprécier la réglementation française interdisant la vente de vidéocassettes avant l'expiration d'un délai d'un an après la sortie en salle d'un film, a relevé que « l'application d'un tel régime peut provoquer des entraves aux échanges intracommunautaires de vidéocassettes du fait des disparités entre les régimes applicables dans les différents Etats membres »⁹⁵⁰. On perçoit bien, cependant, que cette divergence n'est pas suffisante⁹⁵¹ et qu'elle nécessite des précisions quant à l'imputabilité de l'entrave⁹⁵². La mesure doit avoir pour effet de faire obstacle à la circulation. Aussi, en déduit-on que la réglementation de l'Etat d'importation, en raison de ses divergences avec la mesure de l'Etat d'origine, doit empêcher ou du moins gêner l'importation ou la commercialisation, sur son territoire, de la marchandise⁹⁵³. La réglementation litigieuse dans l'affaire *Cassis de Dijon* interdisait ainsi la vente d'une liqueur en Allemagne sous sa dénomination d'origine⁹⁵⁴. Ce n'est donc pas tant la divergence que ses conséquences qui importent.

230. On constate cependant que, jusqu'en 1993, la Cour s'est peu préoccupée de déterminer

⁹⁴⁸ G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle... », préc., pp. 320-321 ; A MATTERA, « De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck » : l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », *RMU*, n° 1, 1994, p. 117, spéc. p. 127.

⁹⁴⁹ Sur les justifications, v. titre 2 de la 2^{ème} partie, *infra*.

⁹⁵⁰ CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, aff. jtes 60 et 61/84, *Rec.* p. 2605, pt 22.

⁹⁵¹ En ce sens, v. C. KESSEDJIAN, « Entrave et disparités des législations », *op. cit.*, pp. 27 et s.

⁹⁵² V. en ce sens, C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables et les libertés de circulation : de l'utilité d'une théorie jurisprudentielle*, thèse, Lille II, 2007, spéc. p. 58.

⁹⁵³ V. par ex. CJCE, 5 février 1981, *Kaasfabriek Eyssen*, aff. 53/80, *Rec.* p. 409. Dans cet arrêt, la Cour qualifie d'entrave une mesure néerlandaise interdisant l'emploi de nisine dans la fabrication du fromage. Or, certains Etats autorisent l'utilisation de cette substance. Constatant l'existence de divergences, la Cour conclut que les Etats prohibant la nisine entravent les importations en provenance des Etats où son usage est permis. Transposé sur le plan des principes, ceci signifie que l'entrave est imputable aux Etats d'importation ayant une réglementation plus stricte que celle de l'Etat d'origine. V. S. WEATHERILL, "Pre-emption, Harmonisation...", *op. cit.*, p. 44.

⁹⁵⁴ V. également CJCE, 12 mars 1987, *Commission c/ Grèce*, aff. 176/84, *Rec.* p. 1193 (interdiction de commercialiser en Grèce des produits contenant des additifs autorisés dans l'Etat membre de production) ; CJCE, 12 décembre 1990, *SARPP c/ Chambre syndicale des raffineurs et conditionneurs de sucre en France*, aff. C-241/89, *Rec.* p. I-4695 (interdiction de mentionner le terme sucre dans la publicité relative aux édulcorants alors qu'une telle mention est autorisée dans d'autres Etats membres).

les effets propres des réglementations contestées. Partant du constat que des disparités existaient ou qu'un effet sur les importations n'était pas à exclure, elle est très souvent passée immédiatement au contrôle de proportionnalité⁹⁵⁵.

231. L'arrêt *Keck et Mithouard*⁹⁵⁶ constitue la première réelle tentative, à notre sens, de délimitation du concept d'entrave⁹⁵⁷. Dans cette décision la Cour a établi une distinction entre les « règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre [les] marchandises » et les dispositions nationales relatives aux « modalités de vente »⁹⁵⁸. A l'égard de la première catégorie de mesures, elle a rappelé le principe de la jurisprudence *Cassis de Dijon*. Aussi, l'Etat d'importation d'une marchandise doit-il continuer de justifier ses réglementations, même si celles-ci sont indistinctement applicables. En revanche, elle a exclu que les réglementations des modalités de vente puissent constituer des entraves, au sens de la jurisprudence *Dassonville*, « *pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres* »⁹⁵⁹. Partant, l'existence de disparités législatives concernant les modalités de vente n'est pas suffisante pour conclure à l'existence d'une entrave. Il convient, en outre, de démontrer que la réglementation désavantage les opérateurs ou les produits importés.

232. A première vue, la distinction peut paraître arbitraire et rigide, d'autant que les juges ne

⁹⁵⁵ W. WILS, "The Search for the Rule...", préc., p. 478. Avant 1993, seule une poignée de mesures a échappé à la qualification d'obstacle et n'a donc pas fait l'objet d'un examen des justifications (v. par ex. CJCE, *Oebel*, aff. 155/80, préc. ; CJCE, *Thomas Blesgen*, aff. 75/81, préc. ; CJCE, *Quietlynn*, aff. C-23/89, préc. ; CJCE, *Forest*, aff. 148/85, préc. ; CJCE, 7 mars 1990, *Krantz*, aff. 69/88, *Rec.* p. 583. Cette jurisprudence trouve *a posteriori* une explication dans l'arrêt *Keck et Mithouard* (v. *infra*)).

⁹⁵⁶ CJCE, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267 et 268/91, préc.

⁹⁵⁷ La Cour affirme procéder à un revirement et il est vrai que son analyse contredit une partie de sa jurisprudence antérieure. A notre sens, toutefois, il s'agit plus d'une clarification, les critères énoncés apparaissant en filigrane dans de précédents arrêts (v. par ex. CJCE, *Quietlynn*, aff. C-23/89, préc.). En outre, tant la doctrine que certains avocats généraux avaient suggéré le test qu'elle met en œuvre en l'espèce (v. *infra*). V. en ce sens, J. MOLINIER et N. De GROVE-VALDEYRON, *Droit du marché intérieur européen*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2008, spéc. p. 65. V. également L. CLEMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes*, thèse, Paris II, 2009, spéc. pp. 272-273.

⁹⁵⁸ La Commission, dans sa directive de 1969, avait elle-même isolé les mesures « *portant notamment sur la forme, la dimension, le poids [...] indistinctement applicables [...] dont les effets restrictifs dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce* » (article 3 de la directive 70/50/CEE, préc.).

⁹⁵⁹ Pt 16 de l'arrêt.

proposent pas de définition des modalités de vente⁹⁶⁰. L'analyse relativement lapidaire de la Cour a, d'ailleurs, suscité les vives critiques d'une partie de la doctrine⁹⁶¹. Il est vrai que l'application « mécaniste » de cette jurisprudence⁹⁶² dans les temps qui ont suivi la décision, a pu laisser entendre que la classification de la mesure dans l'une des deux catégories constituait l'*alpha* et l'*omega* du raisonnement⁹⁶³. Pourtant, dans un point passé relativement inaperçu à l'époque⁹⁶⁴, la Cour justifie son analyse. Or, cette justification donne une autre perspective à l'arrêt. Au point 17 de la décision, la Cour indique, en effet, que « *l'application de réglementations [relatives aux modalités de vente] à la vente de produits en provenance d'un autre Etat membre [...] n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux* ». La distinction trouve donc son fondement dans les effets que les mesures sont présumées produire : les réglementations relatives aux conditions auxquelles doivent satisfaire les produits, même lorsqu'elles sont indistinctement applicables, empêchent ou gênent l'accès au marché national. *A contrario*, les réglementations des modalités de vente n'induisent pas un tel effet⁹⁶⁵. On peut regretter que la

⁹⁶⁰ Ce travail de définition a davantage été opéré par la doctrine et par certains avocats généraux (v. par ex. les conclusions de l'avocate générale STIX-HACKL sous l'arrêt CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c/ 0800 DocMorris et Jacques Wierwal*, aff. C-322/01, *Rec.* p. I-14887 ; de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt CJCE, *Radlberger & Spitz*, aff. C-309/02, *préc.* ; de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt CJCE, *Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos*, aff. jtes C-158 et 159/04, *préc.*, ou encore de l'avocat général BOT sous l'arrêt CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, *préc.*). La Cour, en appliquant sa nouvelle jurisprudence aux cas d'espèce soumis à son contrôle, a progressivement illustré le concept (v. par ex. CJCE, 25 mars 2004, *Karner*, aff. C-71/02, *Rec.* p. I-3025, pt 38). L'absence de définition a toutefois suscité des difficultés de qualification et, dans certaines affaires, la Cour n'a pas retenu la qualification proposée par son avocat général (v. par ex. CJCE, 14 décembre 1995, *Domingo Banchemo*, aff. C-387/93, *Rec.* p. I-4663 et CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, *Rec.* p. I-505).

⁹⁶¹ V. par ex. F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, *op. cit.*, p. 116 ; F. PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice... », *préc.*, pp. 172 et s. ; F. PICOD, « La jurisprudence *Keck* et *Mithouard* a-t-elle un avenir ? », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 47 ; A MATTERA, « De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck »... » *préc.*, p. 155 ; L. GORMLEY, « Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in *Keck & Mithouard* », *EBLR*, vol. 5, 1994, p. 63 ; A. RIGAUX, « La jurisprudence *Keck* et *Mithouard* à l'épreuve des règles nationales de publicité (Rapide bilan à propos de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Gourmet International Products*) », *Europe*, n° 5, 2001, p. 5 ; S. WEATHERILL, « After *Keck*: Some thoughts on how to clarify the clarification », *CML Rev.*, vol. 33, 1996, p. 885, *spéc.* pp. 894 et s.

⁹⁶² A. RIGAUX, « La jurisprudence *Keck* et *Mithouard* à l'épreuve des règles nationales de publicité... », *préc.*, p. 6.

⁹⁶³ S. ENCHELMAIER, « The Awkward Selling of a Good Idea, or a Traditionalist Interpretation of *Keck* », *Y.E.L.*, vol. 22, 2003, p. 249, *spéc.* p. 250.

⁹⁶⁴ V. R. KOVAR, « *Dassonville*, *Keck* et les autres : de la mesure avant toute chose », *RTDE*, n° 2, 2006, p. 213, *spéc.* p. 214.

⁹⁶⁵ V. not. en ce sens D. CHALMERS, G. DAVIES & G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2010, *spéc.* p. 775.

Cour n'explique pas les raisons de cet impact différencié sur l'accès au marché. Toutefois, la jurisprudence antérieure, les conclusions de plusieurs avocats généraux ainsi que les nombreux travaux doctrinaux sur la notion d'entrave permettent aisément d'en comprendre les mécanismes⁹⁶⁶. Les disparités dans les règles régissant les conditions auxquelles doivent satisfaire les produits obligent le fabricant à adapter sa production au marché d'importation. Autrement dit, le produit ne peut accéder au marché sans avoir subi une modification préalable⁹⁶⁷. La réglementation est donc *per se* de « *nature à empêcher leur accès au marché* ». Ce raisonnement apparaît clairement dans certains arrêt ultérieurs. Ainsi, dans l'arrêt *Familiapress* de 1997, la Cour observe que, « *dès lors [que la mesure] contraint les opérateurs établis dans d'autres Etats membres à modifier le contenu du [produit], l'interdiction en cause compromet l'accès du produit concerné au marché de l'Etat membre d'importation et, partant, entrave la libre circulation des marchandises. Elle constitue donc, en principe, une mesure d'effet équivalent au sens de l'article [34] du traité* »⁹⁶⁸. A l'opposé, une réglementation des modalités de vente n'empêche pas une marchandise, telle que fabriquée dans son pays d'origine, d'être commercialisée dans l'Etat d'importation⁹⁶⁹. Aussi faut-il démontrer son caractère discriminatoire, c'est à dire que la mesure gêne davantage la vente des produits importés⁹⁷⁰.

233. Dès lors, l'arrêt *Keck et Mithouard* apparaît comme la pierre angulaire de la jurisprudence concernant la définition de l'entrave à la libre circulation des marchandises. En excluant certaines mesures du champ d'application de l'article 34 TFUE, les juges ont procédé à une requalification de l'obstacle⁹⁷¹. Cette opération n'implique pas une

⁹⁶⁶ V. par ex. E. WHITE, "In search of the limits...", préc., p. 235 ; J. STEINER, "Drawing the Line: Uses and Abuses of Article 30 EEC", *CML Rev.*, vol. 26, 1992, p. 749 ; H. MUIR WATT, "Experiences From Europe: Legal Diversity and the Internal Market", vol. 39, *Tex. Int'l L.J.*, 2004, p. 429, spéc. pp. 451-452 ; les conclusions de l'avocat général VAN GERVEN sous l'arrêt CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c/ B&Q PLC*, aff. 145/88, *Rec.* p. 3851 et de l'avocat général TESAURO sous l'arrêt CJCE, 15 décembre 1993, *Hünernmund E.A.*, aff. C-292/92, *Rec.* p. I-6787.

⁹⁶⁷ V. par ex. A. MATTERA, « La libre circulation des marchandises et les articles 30 à 36 du traité CEE », préc., p. 503 ; E. WHITE, "In search of the limits...", préc., pp. 246 et s.

⁹⁶⁸ V. en ce sens, CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec.* p. I-3689, pt 12.

⁹⁶⁹ V. en ce sens les conclusions de l'avocat général JACOBS sous l'arrêt CJCE, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, préc., pt 45.

⁹⁷⁰ Cette analyse, logique de prime abord, est cependant discutable (v. par ex. S. WEATHERILL, "After *Keck*...", préc., p. 894 ; D. WILSHER, "Does *Keck* discrimination make any sense?...", préc., p. 20 ; M. POIARES MADURO, "Reforming the Market or the State?...", préc., pp. 58 et s.). V. *infra* pour une analyse approfondie des explications théoriques de l'entrave.

⁹⁷¹ V. not. C. NOURISSAT, *Droit communautaire des affaires*, 2e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2005, p. 102.

modification profonde de la jurisprudence⁹⁷², mais la méthodologie change : là où la Cour appréciait la mesure à l'aune du principe de proportionnalité, elle l'apprécie désormais à l'aune du critère de l'entrave⁹⁷³. Il en résulte qu'elle n'a plus à juger tous les choix du législateur national, c'est-à-dire en apprécier systématiquement les mérites et inconvénients. Surtout l'arrêt *Keck* fournit, implicitement et rétrospectivement, le double cadre théorique permettant d'identifier les mesures contraires à l'article 34 TFUE⁹⁷⁴. D'une part, aux termes de la théorie de la « double charge »⁹⁷⁵, constituent des obstacles les mesures ayant pour effet de soumettre à des exigences divergentes la production des marchandises⁹⁷⁶. D'autre part, la règle de l'accès au marché, implique qu'un Etat ne peut, par ses réglementations, empêcher un produit d'accéder à son marché ou gêner davantage la commercialisation des produits importés que des produits nationaux⁹⁷⁷. Ces deux approches se superposent largement. Comme on l'a vu, une marchandise soumise à des exigences supplémentaires dans l'Etat d'importation est empêchée d'accéder telle quelle au marché de cet Etat. Aussi, la démonstration qu'un produit subit une « double charge » réglementaire suffit-elle à prouver que ce produit n'a pas accès au marché. Toutefois les deux théories ne se confondent pas. La seconde est en pratique plus large que la première puisque l'accès au marché peut être entravé sans pour autant que le produit ait été soumis à une « double charge ». Par exemple, une

⁹⁷² Seules quelques décisions deviennent obsolètes suite à la jurisprudence *Keck et Mithouard*. V. par ex. les arrêts relatifs au travail le dimanche (CJCE, *B&Q PLC*, aff. 145/88, préc. ; CJCE, *Conforama*, aff. C-312/89, préc. ; CJCE, 16 décembre 1992, *Stoke-on-Trent* (« *Sunday trading* »), aff. C-169/91, *Rec. p. I-6635*) ou relatifs au démarchage à domicile (CJCE, 16 mai 1989, *Buet*, aff. 382/87, *Rec. p. 1248*).

⁹⁷³ Ainsi les réglementations interdisant le travail le dimanche ou le démarchage à domicile ne sont plus jugées conformes au traité parce qu'elles poursuivent, de manière proportionnée, un objectif légitime, mais parce qu'elles ne constituent pas une entrave au commerce interétatique (v. CJCE, 2 juin 1994, *Punto Casa and PPV*, aff. jtes C-69 et 258/93, *Rec. p. I-2355* ; CJCE, 20 juin 1996, *Semeraro Casa Uno*, aff. jtes C-418 à 421, 460 à 462, 494/93, C-9 à 11, 14, 15, 23, 24 et 332/94, *Rec. p. I-2975* ; CJCE, 23 février 2006, *A-Punkt Schmuckhandels GmbH c/ Claudia Schmidt*, aff. C-441/04, *Rec. p. I-2093*).

⁹⁷⁴ Aux deux règles que nous identifions ici s'ajoute, évidemment, l'interdiction des discriminations (sur le critère de la discrimination v. titre 1, chapitre 1, section 2, §1, *supra*). V. en ce sens, D. CHALMERS, « Repackaging the internal market - The ramifications of the Keck judgment », *ELRev.*, 1994, p. 385, *spéc. p. 391*. La Cour de justice a, dans l'arrêt *Cyclomoteurs*, procédé à une synthèse des trois principes (v. *infra*).

⁹⁷⁵ E. SPAVENTA, « From Gebhard to Carpenter... », préc., p. 743 ; F. PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice... », préc., p. 177 ; S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, *op. cit.*, p. 221 ; H. MUIR WATT, « Experiences From Europe... », préc., p. 452. On évoquera de manière générale la « double charge », en prenant l'hypothèse simple de deux marchés : le marché de l'Etat de production et le marché de l'Etat d'importation. Il convient, évidemment, de préciser que, en pratique, une marchandise peut être soumise à une triple, quadruple, etc. charge, le nombre de « charges » dépendant du nombre de marchés dans lesquels la marchandise est commercialisée et du nombre de réglementations divergentes.

⁹⁷⁶ Par production, nous entendons toutes les règles relatives aux caractéristiques du produit et à sa présentation.

⁹⁷⁷ V. par ex. CJCE, 14 juillet 1983, *Sandoz*, aff. 174/82, *Rec. p. 2445*, pt 26.

réglementation en matière de publicité qui n'implique pas de modification du produit peut cependant gêner davantage l'accès au marché des produits importés que des produits nationaux⁹⁷⁸.

234. Dans cette perspective, la distinction entre les règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises et les modalités de vente est instrumentale. Nous partageons, à cet égard, l'opinion de l'avocat général FENNELLY selon lequel « [l]a distinction formelle entre règles applicables aux produits et celles applicables aux modalités de vente est moins importante que la motivation qui a conduit à l'adoption de cette distinction »⁹⁷⁹. Cette distinction demeure, néanmoins, utile : elle facilite, en effet, l'analyse du juge⁹⁸⁰ en établissant une présomption, réfragable⁹⁸¹, fondée sur l'objet de la mesure. Toutefois, elle tend, pour certains auteurs, à formaliser excessivement le raisonnement⁹⁸². C'est pourquoi, il a été suggéré de supprimer ces présomptions et la médiation que constitue la distinction⁹⁸³. Dans la mesure où le critère de l'accès au marché sous-tend une grande partie de la jurisprudence, sa consécration, en tant que critère exclusif de l'analyse, ne constituerait ni un revirement ni même une réorientation de la jurisprudence⁹⁸⁴.

235. La Cour a opté pour une position médiane, à l'occasion d'un litige soulevant des difficultés puisqu'il ne concernait ni une condition relative au produit, ni une modalité de

⁹⁷⁸ V. par ex. CJCE, *De Agostini and TV-shop*, aff. jtes C-34 à 36/95, préc. (à propos de cet arrêt, v. chapitre 2, section 2, §2, A, 1 du présent titre, *infra*). V. dans le même sens, CJCE, *Gourmet International Products*, aff. C-405/98, préc.

⁹⁷⁹ Pt 19 des conclusions sous l'arrêt CJCE, 27 janvier 2000, *Graf*, aff. C-190/98, *Rec.* p. I-493. V. également en ce sens, S. WEATHERILL, "After Keck...", préc., p. 895.

⁹⁸⁰ Sur les avantages d'élaborer des tests "simplifiés" fondés sur des présomptions, v. W. WILS, "The Search for the Rule...", préc.

⁹⁸¹ V. par ex. par ex. CJCE, *De Agostini and TV-shop*, aff. jtes C-34 à 36/95, préc. ; CJCE, *Gourmet International Products*, aff. C-405/98, préc. (pour une analyse de cette jurisprudence, v. A. RIGAUX, « Symphonie déconcertante ou Keckophonie ? (à propos des dissonances de l'arrêt Morellato) », *Europe*, n° 11, 2003, p. 7, *spéc.* p. 9). En réalité la présomption est réfragable à l'égard des modalités de vente seulement. Les règles relatives aux conditions auxquelles doivent satisfaire les produits sont toujours considérées comme empêchant l'accès au marché (v. par ex. A.-S. BAUDRAN, *La notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation. Etude de droit communautaire*, thèse, Paris II, 2002, *spéc.* p. 237).

⁹⁸² V. par ex. D. O'KEEFFE and A. BAVASSO, "Four freedoms, one market...", *op. cit.*, pp. 548-549 ; C. BARNARD and S. DEAKIN, "Market access and Regulatory Competition", in C. BARNARD and J. SCOTT, *The Law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, p. 197, *spéc.* p. 210.

⁹⁸³ V. par ex. J. H. H. WEILER, "The Constitution of the Common Market place...", *op. cit.*, p. 372 ; S. WEATHERILL, "After Keck...", préc., pp. 896 et s. ; A. BAVASSO and D. O'KEEFFE, "Four freedoms, one market...", *op. cit.*, p. 551.

⁹⁸⁴ V. les conclusions de l'avocat général BOT sous l'arrêt CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, préc. V. également C. BARNARD and S. DEAKIN, "Market access and Regulatory Competition", *op. cit.*, p. 197.

vente⁹⁸⁵ : la Commission reprochait à l'Italie d'entraver l'importation des remorques en interdisant l'utilisation de celles-ci sur certains véhicules, notamment les cyclomoteurs⁹⁸⁶. Les Etats, nombreux à présenter des observations à la Cour, étaient partagés sur les principes à mettre en oeuvre au cas d'espèce : certains se prononcèrent pour l'application des critères de la jurisprudence *Keck et Mithouard* en matière de modalités de vente, d'autres appelèrent à une évolution de la jurisprudence. Sans trancher clairement entre ces deux positions, la Cour a procédé en deux temps. Tout d'abord, elle a indiqué que « *l'article 28 CE [article 30 TFUE] reflète l'obligation de respecter les principes de non-discrimination et de reconnaissance mutuelle des produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États membres, ainsi que celle d'assurer aux produits communautaires un libre accès aux marchés nationaux* »⁹⁸⁷. Cette rédaction a été reprise plusieurs fois depuis l'arrêt et semble désormais faire office de formule de principe⁹⁸⁸. Ensuite, elle a rappelé la distinction de l'arrêt *Keck* entre les conditions relatives aux produits, présumées entraver les importations, et les modalités de vente, qui n'empêchent, ni ne gênent davantage l'accès au marché dès lors qu'elles sont indistinctement applicables en droit comme en fait. Sans ranger la mesure litigieuse dans l'une ou l'autre des catégories, elle a constaté « *qu'une interdiction d'utilisation d'un produit sur le territoire d'un Etat membre a une influence considérable sur le comportement des consommateurs, lequel affecte à son tour, l'accès de ce produit au marché de cet Etat membre* »⁹⁸⁹ et conclu à l'existence d'une entrave, par ailleurs justifiée⁹⁹⁰.

236. Sur le fond, la jurisprudence, tout en faisant ressortir plus nettement les critères d'analyse⁹⁹¹, demeure inchangée : la Cour rappelle précisément les cas dans lesquelles une mesure peut être qualifiée d'entrave. Il s'agit, premièrement, des mesures discriminatoires ;

⁹⁸⁵ L'un des arguments avancé par les auteurs dénonçant la jurisprudence *Keck* était que toutes les mesures ne pouvaient être rangées dans l'une des deux catégories, de sorte qu'il existait un vide juridique (v. not. F. PICOD, « La jurisprudence *Keck* et *Mithouard* a-t-elle un avenir ? », *op. cit.*, pp. 57-60).

⁹⁸⁶ CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, préc.

⁹⁸⁷ Pt 34 de l'arrêt.

⁹⁸⁸ V. par ex. CJCE, 10 septembre 2009, *Commission c/ Belgique*, aff. C-100/08, *Rec.* p. I-140* (Pub. somm.), pt 81 ; CJUE, 2 décembre 2010, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, *Rec.* p. I-12213 ; pt 48 ; CJUE, 1^{er} mars 2012, *Ascafor et Asidac*, aff. C-484/10 (non encore publié au recueil), pt 53.

⁹⁸⁹ Pt 56 de l'arrêt.

⁹⁹⁰ V. à ce propos, 2^{ème} partie, titre, 2, section 2, §2, C, 2, *infra*.

⁹⁹¹ Dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, l'effet des mesures sur l'accès au marché constitue la justification de la distinction. Du statut de justification, l'accès au marché acquiert formellement le statut de critère de qualification.

deuxièmement, des mesures constitutives d'une « double charge » – le principe de reconnaissance mutuelle constituant le pendant positif de cette conception de l'entrave⁹⁹² – ; troisièmement, des mesures empêchant ou gênant davantage l'accès au marché. Comme nous l'avons signalé, le critère de l'accès au marché englobe, en réalité, les deux premiers⁹⁹³. Aussi peut-on penser que « *la Cour de justice aurait pu faire l'économie de cette juxtaposition en attribuant à l'accès au marché le rôle de critère unitaire* »⁹⁹⁴. Toutefois, nonobstant la densité de la formule employée par la Cour, le rappel ne nous semble pas superflu : les mesures discriminatoires et celles constitutives d'une double charge affectent, *per se*, l'accès au marché. Il n'est donc pas utile de rechercher, *in concreto*, si le troisième critère est rempli. Concernant les mesures ne relevant ni de la première, ni de la seconde catégorie, il convient, en revanche, d'opérer une telle analyse.

237. Depuis l'arrêt *Cyclomoteurs* la Cour a maintenu cette grille d'analyse, sans rappeler nécessairement la jurisprudence *Keck et Mithouard* dans chaque arrêt. Il nous semble que ce choix est davantage lié à la nature de la mesure litigieuse qu'à une volonté de s'extraire de cette jurisprudence : les termes de l'arrêt de 1993 sont, en effet, rappelés lorsque la mesure relève d'une des catégories identifiées à cette occasion⁹⁹⁵.

238. Si les critères de l'arrêt *Keck et Mithouard* sont maintenus, il importe néanmoins de relever une évolution dans l'interprétation qu'en a fait la Cour⁹⁹⁶. Dans les mois qui ont suivi l'arrêt, elle a procédé à une application mécaniste des principes, présumant la conformité au traité des modalités de vente formellement indistinctement applicables⁹⁹⁷. Progressivement, elle a infléchi sa démarche, recherchant concrètement l'absence d'effet discriminatoire⁹⁹⁸, voire présumant l'effet discriminatoire de certaines modalités de vente indistinctement

⁹⁹² V. le chapitre 2, section 1, §1 du présent titre, *infra*.

⁹⁹³ V. *supra*.

⁹⁹⁴ C. PRIETO, « Entrave et accès au marché », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 73, *spéc.* p. 79. Dans le même sens, v. A. RIGAUX, note sous l'arrêt *Commission c/ Italie, Europe*, avr. 2009, comm. 158.

⁹⁹⁵ CJUE, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, préc. (à propos d'une modalité de vente et plus précisément de l'interdiction de vente par internet des lentilles de contact).

⁹⁹⁶ Cette évolution est davantage analysée *infra* au chapitre 2, section 2, §2, A. du présent titre consacré au critère de l'accès au marché en matière de libre circulation des marchandises.

⁹⁹⁷ V. par ex. CJCE, *Hünermund E.A.*, aff. C-292/92, préc. ; CJCE, 2 juin 1994, *Tankstation 't Heuske et Boermans*, aff. jtes C-401 et 402/92, *Rec.* p. I-2199 ; CJCE, *Punto Casa and PPV*, aff. jtes C-69 et 258/93, préc. ; CJCE, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, préc.

⁹⁹⁸ V. par ex. CJCE, *Gourmet International Products*, aff. C-405/98, préc.

applicables⁹⁹⁹. Or, une telle interprétation renoue avec une conception particulièrement large de l'entrave, dont les contours deviennent difficilement perceptibles, et dilue les vertus restrictives de la jurisprudence *Keck et Mithouard*¹⁰⁰⁰.

B. L'entrave aux exportations

239. Cette évolution de la définition de l'entrave ne concerne que l'article 34 TFUE, la mise en œuvre de l'article 35 TFUE demeurant liée au caractère discriminatoire – en droit ou en fait – de la législation litigieuse.

240. La Cour de justice avait d'abord adopté une définition commune des mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation : la formule de l'arrêt *Dassonville* s'appliquait également dans le cadre des entraves à l'exportation¹⁰⁰¹. Elle a, toutefois, au contraire de ce qu'elle a fait en matière d'importations, choisi de restreindre cette définition. Dans l'arrêt *Groenveld* de 1979, elle a considéré que seules les mesures ayant « pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportations et d'établir ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un Etat et son commerce d'exportation de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'Etat intéressé »¹⁰⁰² étaient interdites par le traité. En conséquence, seules des mesures discriminatoires étaient susceptibles de relever de l'article 34 CEE (devenu 35 TFUE)¹⁰⁰³. Cette approche a été largement confirmée par la suite, nonobstant quelques singularités jurisprudentielles¹⁰⁰⁴.

Ce n'est que dans une période récente que la Cour a assoupli sa jurisprudence. Elle ne s'est

⁹⁹⁹ Ainsi, la Cour semble présumer que l'interdiction de vente sur internet pénalise davantage les marchandises importées, de sorte qu'elle constitue nécessairement une entrave (v. CJCE, 0800 *DocMorris*, aff. C-322/01, préc. ; CJUE, 2 décembre 2010, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, préc.).

¹⁰⁰⁰ V. à ce propos, le chapitre 2, section 2, §2, A ainsi que le chapitre 3 du présent titre *infra*.

¹⁰⁰¹ V. par ex. CJCE, *Bouhelier*, aff. 53/76, préc., pt 16. A ce propos, v. le pt 30 des conclusions de l'avocate générale TRSTENJAK sous l'arrêt CJCE, *Gysbrechts et Santurel Inter*, aff. C-205/07, préc. V. également A. DEFOSSEZ, « L'histoire d'une divergence... », préc., p. 412.

¹⁰⁰² CJCE, *Groenveld*, aff. 15/79, préc., pt 7.

¹⁰⁰³ La Cour a donc conclu à plusieurs reprises que des mesures indistinctement applicables ne constituaient pas des entraves au sens de l'article 35 TFUE (v. par ex. CJCE, *Groenveld*, aff. 15/79, préc. ; CJCE, *Oebel*, aff. 155/80, préc. ; CJCE, *Oosthoek*, aff. 286/81, préc. ; CJCE, *Jongeneel Kaas*, aff. 237/82, préc. ; CJCE, 7 février 1984, *Duphar*, aff. 238/82, *Rec.* p. 523 ; CJCE, *Marchandise e.a.*, aff. C-332/89, préc. ; CJCE, 24 mars 1994, *Commission c/ Belgique*, aff. C-80/92, *Rec.* p. I-1019).

¹⁰⁰⁴ V. à ce propos, le pt 32 des conclusions de l'avocate générale TRSTENJAK sous l'arrêt CJCE, *Gysbrechts et Santurel Inter*, aff. C-205/07, préc. et A. DEFOSSEZ, « L'histoire d'une divergence... », préc., p. 412.

pour autant pas totalement détachée du critère de la discrimination. Ainsi, dans l'arrêt *Gysbrechts*¹⁰⁰⁵, elle a jugé contraire à l'article 35 TFUE, une réglementation interdisant au fournisseur d'une marchandise, dans une vente à distance, d'exiger un acompte ou un paiement avant l'expiration du délai de rétractation ainsi que d'exiger le numéro de la carte de paiement. La mesure s'appliquait de la même manière, que la marchandise soit destinée au marché national ou soit exportée. La Cour, en s'appuyant sur la jurisprudence *Groenveld*, a, toutefois, considéré que la mesure affectait davantage la sortie des produits du marché de l'Etat membre d'exportation que la commercialisation des produits sur le marché national et a, en conséquence, jugé que la mesure violait l'article 35 TFUE.

Cet arrêt marque à la fois une rupture – en ce qu'il détache la notion d'entrave aux exportations de la lutte contre le protectionnisme économique¹⁰⁰⁶ – et une continuité, puisque le critère de la discrimination demeure le critère d'appréciation des mesures étatiques. Nous partageons donc l'analyse de M. DEFOSSEZ, selon qui, « *l'arrêt Gysbrechts doit plutôt se lire comme une interprétation [...] inédite et extensive de la jurisprudence Groenveld [...]* »¹⁰⁰⁷.

241. La Cour de justice n'a pas eu, pour l'instant, de réelle occasion de préciser la jurisprudence *Gysbrechts*. Elle a, certes, été ressaisie de litiges relatifs à l'article 35 TFUE. Toutefois, les mesures litigieuses étaient d'une nature différente de celle qui a été appréciée dans l'arrêt *Gysbrechts*. Ainsi, dans l'affaire *Kakavetsos-Fragkopoulos*¹⁰⁰⁸, la Cour de justice a dû apprécier une réglementation grecque qui n'opérait pas de distinction entre le commerce intérieur d'un Etat membre et son commerce d'exportation mais qui n'en était pas moins discriminatoire puisqu'elle traitait différemment des opérateurs économiques selon leur région d'établissement. Il était ainsi interdit aux producteurs de raisins établis dans certaines zones d'importer des raisins d'autres zones géographiques nationales. Pour la Cour, cette interdiction avait un impact direct sur les capacités d'exportation vers des pays tiers de ces opérateurs, de sorte qu'elle constituait une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation. Il est intéressant de relever que la Cour ne fait aucune référence à

¹⁰⁰⁵ CJCE, *Gysbrechts et Santurel Inter*, aff. C-205/07, préc., pp. 425 et s.

¹⁰⁰⁶ La mesure était, selon la Cour, susceptible de décourager les exportations, et donc, de nature à réorienter le vendeur vers le marché interne. L'objectif de l'Etat belge n'était toutefois aucunement de protéger son marché intérieur.

¹⁰⁰⁷ A. DEFOSSEZ, « L'histoire d'une divergence... », préc., pp. 459-460.

¹⁰⁰⁸ CJUE, 3 mars 2011, *Kakavetsos-Fragkopoulos*, aff. C-161/09, *Rec.* p. I-915.

l'arrêt *Gysbrechts* dans cet arrêt, pas plus qu'elle ne cite l'arrêt *Groenveld*, dont les conditions ne sont, au demeurant, pas remplies, même si la qualification de mesures d'effet équivalent est peu discutable, compte tenu des effets concrets de la mesure sur le volume des exportations. En revanche, la Cour s'appuie sur la définition de l'arrêt *Dassonville* pour développer son analyse, renouant ainsi formellement avec sa jurisprudence antérieure à l'arrêt *Groenveld*. Cette référence n'est pas anodine : elle marque la volonté de la Cour, de poser un cadre commun d'analyse des mesures qu'elles gênent les importations ou les exportations, même si en pratique, il apparaît peu probable que la Cour condamne, sur le fondement de l'article 35 TFUE, des mesures indistinctement applicables en droit comme en fait¹⁰⁰⁹.

§2. L'entrave non discriminatoire dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services

242. Dans le domaine de la libre circulation des personnes, la jurisprudence de la Cour ne s'est guère révélée plus précise. Partis d'une interprétation littérale des dispositions du traité, qui exigent seulement la suppression des discriminations¹⁰¹⁰, les juges ont progressivement étendu le concept de restriction, pour appréhender des réglementations indistinctement applicables.

243. En raison de ses spécificités, la notion de restriction à la libre prestation de services s'est partiellement distinguée de la notion de restriction à la liberté d'établissement et à la libre

¹⁰⁰⁹ Contrairement aux apparences, l'unification totale du régime ne serait pas logique : aux termes du principe de reconnaissance mutuelle, il revient à l'Etat d'origine de déterminer les règles de production des marchandises. En conséquence, une mesure indistinctement applicable n'ayant aucun effet discriminatoire à l'égard des marchandises exportées ne saurait être qualifiée d'entrave, sauf à ce que la production de marchandises échappe à toute réglementation (à ce propos, v. not. A. DEFOSSEZ, « L'histoire d'une divergence... », préc., pp. 420-421). L'arrêt *Kaas* illustre bien cette problématique : les règles de production de l'Etat de fabrication de la marchandise s'imposent aux opérateurs, qu'ils produisent pour le marché national ou étranger (CJCE, *Jongeneel Kaas*, aff. 237/82, préc.). Une partie de la doctrine défend, cependant, un alignement des jurisprudences relatives à l'article 34 TFUE et à l'article 35 TFUE (v. par ex. les conclusions de l'avocate générale TRSTENJAK sous l'arrêt *Gysbrechts*, aff. C-205/07, préc.).

¹⁰¹⁰ V. par ex. CJCE, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, préc., pt 9 ; CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c/ Association Union Cycliste Internationale*, aff. 36/74, *Rec.* p. 1405, pts 16, 31-32. La doctrine a longtemps distingué la libre circulation des marchandises de la libre circulation des personnes à cet égard (v. M. WAELBROECK, *Les réglementations nationales de prix...*, *op. cit.*, pp. 31-33).

circulation des travailleurs¹⁰¹¹. Les juges se sont ainsi plus rapidement détachés du principe du traitement national en matière de libre prestation de services¹⁰¹². Toutefois, depuis les années 1990, la Cour tend à employer un vocabulaire unique pour les trois libertés de circulation. Sont qualifiées d'entraves, les mesures susceptibles de « prohiber »¹⁰¹³, « gêner »¹⁰¹⁴, « rendre moins attrayant »¹⁰¹⁵ ou encore de « dissuader »¹⁰¹⁶ l'exercice des libertés de circulation. A l'instar du langage employé dans l'arrêt *Dassonville*, ces formules renseignent peu sur le ou les critères d'identification de l'entrave et les limites du concept¹⁰¹⁷. Les incertitudes sont d'autant plus grandes que la Cour se contente parfois d'indiquer que la mesure litigieuse produit de tels effets sans réelle démonstration à cet égard¹⁰¹⁸. Cependant, les juges ont, dans certaines décisions, précisé la notion de restriction. Dans les arrêts *Alpine Investments*¹⁰¹⁹ et *Bosman*¹⁰²⁰, tout d'abord, la Cour a relevé que les mesures litigieuses conditionnaient directement l'accès au marché d'accueil et que, en conséquence, elles ne pouvaient être

¹⁰¹¹ D'une part, le traité interdit, outre les discriminations (article 57, §3 TFUE), les restrictions à la libre prestation de services (article 56 TFUE), là où il prohibe les discriminations à raison de la nationalité en matière de libre circulation des travailleurs et de liberté d'établissement (articles 45 et 49 TFUE). D'autre part, la notion de services ne vise que les déplacements temporaires, de telle sorte que le prestataire demeure soumis à la réglementation de son Etat d'origine. Au contraire, en matière de libre circulation des travailleurs et de liberté d'établissement, la réglementation de l'Etat d'origine cesse, en principe, de s'appliquer.

¹⁰¹² V. par ex. CJCE, 18 janvier 1979, *Van Wesemael*, aff. jtes 110 et 111/78, *Rec.* p. 35 ; CJCE, *Webb*, aff. 279/80, *préc.* ; CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ Allemagne* (« Assurance »), aff. 205/84, *Rec.* p. 3755 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Gouda*, aff. C-288/89, *Rec.* p. I-4007. V. en ce sens, M. FALLON, « Vers un principe général de liberté de circulation ? Pour une approche unitaire du droit du marché intérieur », *Ann. d'ét. eur. de l'Univ. cath. de Louvain*, 1996, p. 73, *spéc.* p. 91.

¹⁰¹³ V. par ex. CJCE, *Säger*, aff. C-76/90, *préc.*, pt 12 (services) ; CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92, *Rec.* p. I-1039 (services).

¹⁰¹⁴ *Id.* V. également, CJCE, *Kraus*, aff. C-19/92, *préc.* (travailleurs) ; CJCE, 1er février 2001, *Mc Quen*, aff. C-108/96, *Rec.* p. I-837 (établissement).

¹⁰¹⁵ *Id.* V. également CJCE, *Gebhard*, aff. C-55/94, *préc.* (établissement) ; CJCE, 17 février 2005, *Viacom Outdoor srl et Giotto Immobilier sarl* (« Viacom II »), aff. C-134/03, *Rec.* p. I-1167 (service) ; CJCE, 21 avril 2005, *Commission c/ Grèce*, aff. C-140/03, *Rec.* p. I-3177 (établissement) ; CJCE, 17 juillet 2008, *Corporacion Dermoestética SA c/ To M^e group Advertising Media*, aff. C-500/06, *Rec.* p. I-5785 (non encore publié) (établissement et services) ; CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, *Rec.* p. I-1721 (établissement).

¹⁰¹⁶ V. par ex. CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c/ Bosman e.a.*, aff. C-415/93, *Rec.* p. I-4921 (travailleurs).

¹⁰¹⁷ V. à ce propos, D. MARTIN, « Libre circulation des travailleurs », *op. cit.*, § 51.

¹⁰¹⁸ V. par ex. CJCE, *Gebhard*, aff. C-55/94, *préc.*

¹⁰¹⁹ CJCE, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, *préc.*

¹⁰²⁰ CJCE, *Bosman*, aff. C-415/93, *préc.*

assimilées à des modalités de vente échappant aux dispositions du traité¹⁰²¹. Dans l'arrêt *Graf*, elle est allée plus loin en établissant un lien direct entre l'accès au marché et le caractère restrictif d'une mesure. Elle a, en effet, jugé que « [d]es dispositions même indistinctement applicables qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un Etat membre de quitter son Etat d'origine pour exercer son droit à la libre circulation constituent, dès lors, des entraves à cette liberté. Toutefois, pour être aptes à constituer de telles entraves, il faut qu'elles conditionnent l'accès des travailleurs au marché du travail »¹⁰²². Enfin, dans l'arrêt *CaixaBank*, les juges ont considéré que l'interdiction française de rémunérer les comptes de dépôt à vue constituait « un obstacle sérieux à l'exercice [de la liberté d'établissement], qui affecte leur accès au marché »¹⁰²³. Si le critère exact demeure incertain – la mesure doit-elle conditionner directement ou simplement affecter l'accès au marché ? – et suscite un certain nombre d'interrogations¹⁰²⁴, il n'en demeure pas moins qu'il présente le double avantage d'apparaître, *a priori*, plus objectif et pragmatique que le critère de la « gêne » ou de la « dissuasion » et d'unifier la jurisprudence relative aux libertés de circulation.

244. Si les formules employées permettent de couvrir l'ensemble de la jurisprudence relative à la libre circulation des personnes, il nous semble cependant que deux situations doivent être distinguées.

D'une part, à l'instar des marchandises, les opérateurs économiques sont parfois assujettis à la fois à la réglementation de l'Etat d'origine et à celle de l'Etat d'accueil. Dans cette hypothèse, ils subissent une double charge susceptible de les dissuader d'exercer leur droit à la libre circulation. Ceci est particulièrement vrai en matière de libre prestation de services puisque le prestataire, qui demeure établi dans son Etat d'origine, doit déjà se conformer aux règles de cet Etat¹⁰²⁵. En matière d'établissement et de libre circulation des travailleurs la situation est

¹⁰²¹ Les Etats estimaient que les mesures litigieuses s'apparentaient à des modalités de vente et que, dans la mesure où elles étaient indistinctement applicables, elles échappaient aux interdictions du traité. La Cour a écarté cet argument, non parce que la distinction de l'arrêt *Keck* serait inapplicable en dehors de la libre circulation des marchandises, mais parce que les mesures contestées, contrairement aux modalités de vente, conditionnaient l'accès au marché. V. également CJCE, 13 mai 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-463/00, *Rec.* p. I-4581 et CJCE, 13 mai 2003, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-98/01, *Rec.* p. I-4641 (en matière de libre circulation des capitaux).

¹⁰²² CJCE, *Graf*, aff. C-190/98, préc. pt 23. V. dans le même sens, CJCE, 15 septembre 2005, *Commission c/ Danemark*, aff. C-464/02, *Rec.* p. I-7929.

¹⁰²³ CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, *Rec.* p. I-8961. V. dans le même sens, CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc.

¹⁰²⁴ V. chapitre 2, section 2, §2, B du présent titre, *infra*.

¹⁰²⁵ V. par ex. CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc.

plus rare puisque, à l'issue du mouvement, la réglementation de l'Etat d'origine cesse en principe de s'appliquer au profit de la réglementation de l'Etat d'accueil¹⁰²⁶. Ceci dit, dans certaines hypothèses, la réglementation de l'Etat d'accueil peut constituer une charge supplémentaire. Tel est le cas notamment en matière de qualifications professionnelles, lorsque l'Etat d'établissement entend imposer ses propres conditions alors que la personne remplit déjà les exigences de son Etat d'origine. Dans ce domaine, la théorie de la double charge a donc vocation à s'appliquer, quelle que soit la disposition du traité invoquée¹⁰²⁷. Dans cette situation, la restriction est présumée : toute exigence s'ajoutant à celles de l'Etat d'origine est susceptible de prohiber, gêner, dissuader ou rendre moins attrayant l'exercice de la liberté de circulation. De même, ces exigences conditionnent l'accès au marché. Dès lors, elles doivent être, dans tous les cas, justifiées.

D'autre part, certaines réglementations, sans constituer une double charge, affectent l'accès au marché. Tel peut être le cas, de réglementations de l'Etat d'origine empêchant d'accéder au marché d'autres Etats¹⁰²⁸. De même, certaines mesures émanant de l'Etat d'accueil en matière de liberté d'établissement ou de libre circulation des travailleurs peuvent-elles produire un tel effet¹⁰²⁹. Dans cette dernière hypothèse, les limites de la théorie de l'accès au marché apparaissent cependant confuses et il devient difficile de tracer les frontières du concept de restriction¹⁰³⁰. Aussi peut-on se demander, avec certains auteurs¹⁰³¹, si la Cour, malgré des indications en sens contraire, n'a pas cherché, à sanctionner, au-delà des restrictions à la libre circulation, les atteintes à la liberté économique des citoyens européens¹⁰³².

245. Comme dans l'Union européenne, le caractère non discriminatoire d'une mesure ne suffit pas, aux Etats-Unis, à la faire échapper au contrôle juridictionnel. A l'instar de la

¹⁰²⁶ V. en ce sens, E. SPAVENTA, "From Gebhard to Carpenter...", préc., p. 746.

¹⁰²⁷ Le professeur FALLON souligne à cet égard « l'identité des problématiques [...] quelle que soit la qualification que lui donne le droit communautaire » (M. FALLON, « Vers un principe général de liberté de circulation ?... », préc., p. 93).

¹⁰²⁸ CJCE, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, préc. ; CJCE, *Bosman*, aff. C-415/93, préc.

¹⁰²⁹ V. par ex. CJCE, « *agents de sécurité* », aff. C-465/05, préc. Cet arrêt fournit un exemple éloquent d'une réglementation contenant à la fois des dispositions constitutives d'une charge supplémentaire (autorisation préalable à l'activité) et des dispositions, qui sans relever de la théorie de la double charge, affectent néanmoins l'accès au marché (exigence relative au nombre de personnels employés dans l'établissement secondaire).

¹⁰³⁰ V. chapitre 2, section 2, §2, B du présent titre, *infra*.

¹⁰³¹ V. par ex. E. SPAVENTA, "From Gebhard to Carpenter...", préc., pp. 768-769.

¹⁰³² V. chapitre 3 du présent titre, *infra*. Par citoyens européens, nous incluons les sociétés (v. T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés...*, *op. cit.*, pp. 419 et s.).

jurisprudence communautaire, le concept d'entrave non discriminatoire demeure très vague. En revanche, contrairement à la Cour de justice, la Cour Suprême a très rarement invalidé des mesures non protectionnistes. Aussi, le caractère discriminatoire d'une mesure, en droit ou en fait, demeure-t-il en pratique déterminant dans l'analyse des juridictions américaines.

Section 2 – Aux Etats-Unis : un dépassement apparent du principe de non discrimination

246. Bien qu'aucune disposition de la Constitution ne garantisse en elle-même un droit à la libre circulation¹⁰³³, plusieurs clauses ont été employées par la Cour Suprême pour supprimer les entraves au commerce interétatique et permettre aux citoyens de circuler librement dans l'Union. Parmi ces clauses, plusieurs prohibent expressément les discriminations et n'ont pas été interprétées comme exigeant davantage que l'application d'un traitement indifférencié de la part des Etats. Tel est le cas, par exemple, de la *Privilege and Immunities clause* ou de l'*Equal Protection clause*¹⁰³⁴. En revanche, les clauses ne mentionnant pas ce principe ont pu être appliquées à des mesures indistinctement applicables. A cet égard, la *due process clause* du 14^{ème} amendement doit être signalée, bien qu'elle n'ait qu'une incidence très indirecte sur la circulation des marchandises, des services et des personnes. Aux termes de cette disposition, aucun Etat « ne privera une personne de vie, de liberté ou de propriété sans le bénéfice des protections dues par le droit ». Dans le domaine économique, cette clause a été interprétée, à une époque, comme interdisant les restrictions disproportionnées à la liberté individuelle¹⁰³⁵. Aussi, les opérateurs économiques, empêchés par une réglementation étatique d'exercer une activité, saisissaient-ils parfois les juridictions sur le fondement de cette disposition constitutionnelle. En participant à la libéralisation des activités économiques,

¹⁰³³ V. introduction, *supra*.

¹⁰³⁴ Rappelons que l'*Equal Protection clause* n'interdit pas seulement les discriminations à l'égard des citoyens des autres Etats mais permet de contester toute forme de discrimination entre citoyens (par exemple, les différences de traitement fondée sur la « race »). Toutefois, lorsqu'elle est invoquée par le ressortissant d'un Etat à l'encontre d'un autre Etat, elle a une portée équivalente à celle de la *Privileges and Immunities clause* de l'article IV. Autrement dit, elle impose seulement aux Etats d'appliquer le même traitement aux ressortissants, quel que soit leur Etat de résidence, d'importantes exceptions étant néanmoins admises.

¹⁰³⁵ V. par ex. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) ; *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504 (1924) ; *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932). A partir de l'arrêt *Nebbia* de 1934, les juges sont revenus à une conception plus restrictive de la *due process clause*. V. *infra*, chapitre 3 du présent titre.

l'*economic due process clause* a pu avoir, dans une certaine mesure, un effet similaire à celui des dispositions du TFUE relative aux libertés de circulation¹⁰³⁶. La comparaison doit évidemment être relativisée puisque la clause ne s'inscrit nullement dans la perspective d'un droit à la libre circulation mais d'un droit fondamental à la liberté économique, indépendant de tout objectif de création d'un marché unifié¹⁰³⁷. Aussi, l'origine de l'opérateur économique ou l'existence de disparités législatives constituent des facteurs totalement indifférents dans le cadre du contentieux de la *due process*. Les litiges dont ont été saisies les juridictions américaines sur le fondement de cette disposition sont, cependant, parfois très proches du contentieux communautaire de la libre circulation¹⁰³⁸.

Mais c'est avant tout la *clause de commerce* qui a été utilisée pour supprimer les entraves au commerce interétatique. Cette disposition qui, rappelons-le, confère seulement une compétence au Congrès pour réglementer le commerce interétatique, n'implique, en aucune façon, l'interdiction des seules mesures discriminatoires. Dans les premiers temps de la jurisprudence, le caractère de la mesure ne constituait d'ailleurs pas un critère d'analyse des juges. Toutefois, la nature discriminatoire ou indistinctement applicable des mesures litigieuses est progressivement devenu un facteur majeur du contrôle (§1). Cette distinction a abouti à l'élaboration d'un test spécifique pour les mesures indistinctement applicables (§2). Néanmoins, l'analyse de la jurisprudence démontre que, en l'absence de discrimination, il est peu probable qu'une mesure soit déclarée inconstitutionnelle. Aussi, peut-on s'interroger sur le dépassement réel du principe de non-discrimination en tant que critère de qualification de l'entrave (§3).

¹⁰³⁶ Pour une comparaison entre l'*economic due process* du 14^{ème} amendement et les dispositions communautaires relatives aux libertés de circulation, v. I. ELIASOPH, "A "Switch in Time" for the European Community?...", préc., p. 467.

¹⁰³⁷ Un autre droit fondamental a permis la libéralisation de certaines activités économiques : le droit à la libre expression, garanti par le 1^{er} amendement de la Constitution, et qui a été interprété comme protégeant les communications commerciales (v. not. *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976)). C'est pourquoi, il a souvent été invoqué à l'encontre de mesures réglementant la publicité (v. *infra*).

¹⁰³⁸ V. *infra*, chapitre 3 du présent titre.

§1. Une distinction progressive des mesures discriminatoires et des mesures indistinctement applicables

247. Ce n'est qu'à une époque relativement récente que les juges de Washington ont clairement opéré une distinction entre les mesures discriminatoires et les mesures indistinctement applicables. Auparavant, ils avaient développé divers tests qui, à première vue, ne prenaient pas en compte le caractère neutre ou discriminatoire de la mesure litigieuse¹⁰³⁹. Ainsi, ont d'abord été opposées les réglementations du commerce interétatique – relevant de la compétence exclusive du Congrès – aux réglementations relevant des pouvoirs de police des Etats¹⁰⁴⁰. Conscients, cependant, qu'une loi de police pouvait affecter le commerce interétatique, les juges ont, par la suite, distingué les aspects locaux du commerce de ses aspects nationaux, les Etats étant en droit de légiférer à l'égard des premiers, mais non à l'égard des seconds¹⁰⁴¹. Cette distinction reposait sur l'idée que, dans certains domaines, la diversité législative n'était pas souhaitable et, que, en conséquence, une réglementation uniforme était nécessaire. Ne trouvant, toutefois, aucun écho dans le texte même de la Constitution, cette théorie s'est révélée, en pratique, fortement aléatoire et subjective et, en conséquence, insatisfaisante. C'est pourquoi, bien qu'elle n'ait pas été totalement abandonnée¹⁰⁴², elle a été largement suppléée par une distinction fondée sur les effets des réglementations étatiques. La Cour, a en effet, jugé que la clause de commerce interdisait les réglementations affectant directement le commerce interétatique, par opposition aux mesures n'ayant qu'un effet indirect¹⁰⁴³.

248. Si ces tests n'excluent pas qu'une mesure indistinctement applicable puisse être jugée

¹⁰³⁹ Pour une analyse détaillée de ces tests, v. K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, *op. cit.*, pp. 122 et s. ; L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 1043 et s. ; B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", *préc.*, pp. 428 et s.

¹⁰⁴⁰ V. par ex. *Wilson v. The Black-Bird Creek Marsh Co.* 27 U.S. (2 Pet.) 245 (1829).

¹⁰⁴¹ *Cooley v. The Board of Wardens of the Port of Philadelphia*, 53 U.S. (12 How.) 299 (1851).

¹⁰⁴² V. *infra* les développements relatifs aux transports interétatiques. V. également *California v. Zook*, 336 U.S. 725, 728 (1949) ; *Ray v. Atlantic Richfield Co.*, 435 U.S. 151, 179 (1978).

¹⁰⁴³ *State Freight Tax Case*, 82 U.S. 232, *préc.* ; *Hall v. De Cuir*, 95 U.S. 485 (1878) ; *Foster-Fountain Packing Co. v. Haydel*, 278 U.S., *préc.*, p. 10.

inconstitutionnelle¹⁰⁴⁴, il est rapidement apparu dans la jurisprudence de la Cour que la différence de traitement jouait un rôle essentiel dans son analyse¹⁰⁴⁵. Ainsi, les juges ont, à la fin du 19^{ème} siècle et au cours du 20^{ème} siècle, déclaré inconstitutionnelles plusieurs réglementations au motif, entre autres, qu'elles étaient discriminatoires¹⁰⁴⁶. En revanche, la Cour a, en 1894, validé une réglementation du Massachusetts interdisant la vente sur son territoire de margarines imitant le beurre en raison du caractère indistinctement applicable de la mesure¹⁰⁴⁷. Dans un arrêt de 1935, elle a déclaré conforme à la Constitution une réglementation de l'Oregon prescrivant certaines formes d'emballage pour les produits horticoles¹⁰⁴⁸, en insistant notamment sur l'absence de discrimination¹⁰⁴⁹. En 1938, saisie d'une mesure réglementant la taille et le poids des camions, elle a rappelé que « *tant que l'action de l'Etat n'est pas discriminatoire, l'entrave est autorisée par la Constitution parce qu'elle constitue la conséquence inséparable de l'exercice d'une [compétence] laissée aux Etats* »¹⁰⁵⁰.

249. Toutefois, il est apparu, en pratique, que la vérification de l'absence de discrimination n'achevait pas le contrôle de la Cour.

¹⁰⁴⁴ V. par ex. *Brimmer v. Rebman*, 138 U.S. 78, 83 (1891): « *une entrave imposée par un Etat sur le commerce interétatique ne doit pas être [validée] uniquement parce qu'elle s'applique de la même manière aux ressortissants de l'Etat* ».

¹⁰⁴⁵ V. en particulier *Welton*, 91 U.S. 275, préc. Le professeur COLLINS a souligné que, en pratique, les mesures déclarées inconstitutionnelles à l'issue du test de l'effet direct étaient pour l'essentiel discriminatoires (R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., p. 62, n. 125).

¹⁰⁴⁶ *Railroad Co. v. Husen*, 95 U.S. 465, préc. ; *Guy v. Baltimore*, 100 U.S. 434 (1880); *Tiernan v. Rinker*, 102 U.S. 123 (1880) ; *Webber v. Virginia*, 103 U.S. 344 (1881) ; *Willing v. Michigan*, 116 U.S. 446 (1886) ; *Voight v. Wright*, 141 U.S. 62 (1891) ; *Dean Milk Co. v. City of Madison* 340 U.S. 349 (1951).

¹⁰⁴⁷ *Plumley v. Massachussets*, 155 U.S. 461, 471 (1894): « [s]i la loi du Massachusetts avait été construite pour n'être applicable qu'aux margarines fabriquées dans d'autres Etats [...], l'affaire aurait été complètement différente ». Il est à relever que la margarine en question était légalement fabriquée dans d'autres Etats. Ce fait, s'il est relevé, n'est pas discuté en tant qu'élément de qualification de la mesure.

¹⁰⁴⁸ *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176 (1935).

¹⁰⁴⁹ V. p. 184 de l'arrêt.

¹⁰⁵⁰ *Barnwell Bros.*, 303 U.S., préc., p. 189.

§2. L'affirmation d'un contrôle spécifique des mesures indistinctement applicables

250. Tout au long de la jurisprudence sont apparus des cas dans lesquels des mesures non-discriminatoires ont été jugées contraires à la clause de commerce.

251. Tout d'abord, la Cour a pu considérer, sur la base des anciens tests, que certaines mesures indistinctement applicables violaient la clause de commerce. Jugeant, par exemple, que, en raison de sa dimension nationale, le transport ferré nécessitait une réglementation uniforme, elle a invalidé en 1945 une législation de l'Arizona limitant la taille des wagons circulant sur les voies ferrées¹⁰⁵¹.

252. Par la suite, la Cour a développé un test propre aux mesures indistinctement applicables – le *balancing test*¹⁰⁵² – indiquant par là même qu'une mesure ne saurait être conforme à la Constitution uniquement en raison de son caractère non discriminatoire.

Les prémices de ce test sont apparues dans plusieurs arrêts¹⁰⁵³, en particulier dans l'arrêt *Huron Portland Cement Co.* de 1960¹⁰⁵⁴ dans lequel la Cour a indiqué qu'« *une réglementation locale [indistinctement applicable] poursuivant un objectif légitime est valide sauf si elle est préemptée par une mesure fédérale ou si elle entrave de manière excessive le commerce interétatique* »¹⁰⁵⁵. Les mesures non discriminatoires sont donc présumées conformes à la Constitution, mais la présomption est réfragable puisqu'elle peut être renversée par la démonstration que la restriction est disproportionnée. La notion d'entrave excessive était, cependant, équivoque en l'espèce, la Cour ayant écarté l'existence d'une telle

¹⁰⁵¹ *Southern Pacific Railway*, 325 U.S. 761, préc.

¹⁰⁵² V. à propos de ce test, 2ème partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 1, *infra*.

¹⁰⁵³ V. not. *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341, préc. (arrêt dans lequel la Cour a comparé les avantages et les inconvénients d'une réglementation californienne visant à stabiliser les prix du raisin en contrôlant, notamment, les exportations et a conclu à la constitutionnalité de la mesure).

¹⁰⁵⁴ *Huron Portland Cement Co. v. City of Detroit*, 362 U.S. 440 (1960).

¹⁰⁵⁵ P. 443 de l'arrêt : “*Evenhanded local regulation to effectuate a legitimate local public interest is valid unless pre-empted by federal action [...] or unduly burdensome on [...] interstate commerce*”. Sur la préemption, v. 2ème partie, titre 1, chapitre 1, *infra*.

entrave au seul motif qu'une réglementation nationale uniforme n'était pas requise¹⁰⁵⁶. En outre, le recours a été rejeté malgré les efforts entrepris par la requérante pour démontrer que les exigences environnementales de la ville de Détroit l'empêchaient d'exercer son activité.

La pratique décisionnelle de la Cour Suprême tend, cependant, à montrer que l'analyse d'une entrave étatique non discriminatoire ne saurait se réduire à l'examen de la nécessité d'une réglementation fédérale uniforme. En effet, dans de nombreux arrêts l'appréciation de la Cour s'est opérée sans aucune considération quant à cette exigence¹⁰⁵⁷.

253. La Cour Suprême a consolidé la jurisprudence *Huron Portland Cement Co.* en 1970, dans une décision dont le principal attendu fait, depuis, office de formule de principe. Aux termes de l'arrêt *Pike* : « *lorsqu'une législation [indistinctement applicable] poursuit un intérêt local légitime et que ses effets sur le commerce interétatique ne sont qu'incidents, cette législation est valide sauf si la restriction au commerce interétatique qu'elle entraîne est clairement excessive en comparaison des effets locaux escomptés. Si un intérêt local légitime existe, la question devient alors une question de degré. Et l'étendue de l'entrave qui sera tolérée dépendra de la nature des intérêts locaux en jeu et de l'existence de moyens moins restrictifs des activités pour atteindre ces objectifs* »¹⁰⁵⁸. Appliquant ce test à la mesure contestée – une réglementation de l'Arizona imposant aux producteurs de melons de conditionner leurs fruits dans l'Etat – la Cour a jugé que les critères n'étaient pas remplis et a prononcé son inconstitutionnalité¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁶ *Huron Portland Cement Co.*, 362 U.S., préc., p. 444: « *un Etat ne peut imposer une entrave affectant matériellement le commerce interétatique dans un domaine où l'uniformité de la réglementation est nécessaire* ». V. également p. 448 de l'arrêt : « *une réglementation étatique, fondée sur un pouvoir de police, qui n'est pas discriminatoire à l'égard du commerce interétatique ou qui n'a pas pour effet d'affecter l'uniformité requise, est conforme à la Constitution* ». En l'espèce, la Cour a jugé qu'une réglementation indistinctement applicable relative à la pollution atmosphérique pouvant être émise par des navires n'était pas contraire à la clause de commerce, la protection de l'environnement relevant principalement de la compétence des Etats. A ce propos, v. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, §1, B, *infra*.

¹⁰⁵⁷ V. par ex. *Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333, préc. Certaines juridictions fédérales continuent, toutefois, de faire du critère de la réglementation uniforme le critère principal d'analyse (*Yamaha Motor Corp. v. Smit*, 276 F.Supp.2d 490 (E.D. Virginia 2003), renversé par *Yamaha Motor Corp. v. Jim's Motorcycle Inc.*, 401 F.3d 560 (4th Cir. 2005)).

¹⁰⁵⁸ *Pike*, 397 U.S., préc., p. 142 : « *where the statute regulates evenhandedly to effectuate a legitimate local public interest, and its effects on interstate commerce are only incidental, it will be upheld unless the burden imposed on such commerce is clearly excessive in relation to the putative local effects [...] If a legitimate local purpose is found then the question becomes one of degree. And the [the] extent of the burden that will be tolerated will [...] depend on the nature of the local interests involved, and on whether it could be promoted as well with lesser impact on interstate activities* ».

¹⁰⁵⁹ Pour un exposé détaillé de l'arrêt, v. not. D. S. DAY, « *Revisiting Pike: The Origins of the Nondiscrimination Tier of the Dormant Commerce Clause Doctrine* », *Hamline L. Rev.*, vol. 27, 2004, p. 45, *spéc.* pp. 49-55.

254. Cette jurisprudence invite naturellement à rappeler les termes de l'arrêt *Cassis de Dijon*¹⁰⁶⁰. Selon la Cour de justice, « *en l'absence d'une réglementation commune [...] il appartient aux Etats membres de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la production et la commercialisation [...]. Les obstacles à la circulation intracommunautaire [...] doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives* ». L'analogie est saisissante, les juridictions américaine et communautaire semblant mettre en œuvre un cadre d'analyse similaire : partant toutes les deux de la présomption de validité dont bénéficient les réglementations indistinctement applicables, elles procèdent, ensuite, à un contrôle de proportionnalité des mesures entravant le commerce entre Etats¹⁰⁶¹.

Pourtant la proximité des langages employés ne doit pas abuser, l'analyse de la jurisprudence américaine montrant que, contrairement à la jurisprudence communautaire, l'absence de discrimination demeure le critère décisif d'analyse.

§3. Le critère de la discrimination semble demeurer le critère principal de qualification de l'entrave

255. L'arrêt *Pike* est, comme l'a souligné la doctrine¹⁰⁶², « trompeur » : si la Cour Suprême a, sur le fondement du *balancing test*, déclaré inconstitutionnelle la réglementation litigieuse, il apparaît que cette réglementation était, en réalité, protectionniste¹⁰⁶³. Celle-ci avait pour effet d'interdire le conditionnement des melons ailleurs que sur le territoire étatique et obligeait l'entreprise Bruce Church, qui disposait déjà d'une usine en Californie, à en construire une nouvelle en Arizona. Aussi, empêchait-elle la circulation des melons et entraînait, pour le

¹⁰⁶⁰ Comme le fait généralement la doctrine, lorsqu'elle est amenée à comparer les jurisprudences américaine et communautaire en matière de libertés de circulation (v. not. M. POIARES MADURO, *We the Court...*, *op. cit.*, p. 90 ; G. HAIBACH, "The Interpretation of Article 30 of the EC Treaty and the "Dormant" Commerce Clause by the European Court of Justice and the US Supreme Court", *I.C.L.Q.*, vol. 48, 1999, p. 155, *spéc.* p. 163).

¹⁰⁶¹ V. en ce sens, E. STEIN and T. SANDALOW, "On the two systems...", *op. cit.*, pp. 28 et s. ; H. MUIR WATT, « L'expérience américaine », in A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, p. 145, pp. 167-168.

¹⁰⁶² V. not. D. COENEN, *The Commerce Clause*, *op. cit.*, p. 266 ; D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", *préc.*, pp. 1209 et s.

¹⁰⁶³ Si la Cour n'a pas employé ce terme en l'espèce, elle a explicitement reconnu le caractère protectionniste de la mesure dans sa jurisprudence ultérieure (v. par ex. *Arkansas Elec. Coop.*, 461 U.S., *préc.*, p. 394).

producteur, des coûts supplémentaires importants¹⁰⁶⁴. Or, cette entrave n'était pas, selon les juges, justifiée par un objectif légitime mais par la volonté de l'Etat de profiter de la réputation de l'entreprise dont la qualité des fruits était notoire¹⁰⁶⁵. Autrement dit, la loi visait à assurer un avantage à l'Etat au détriment des autres Etats. Or, cette considération semble avoir largement déterminé la solution sur le fond¹⁰⁶⁶.

256. De cette ambiguïté originelle, il a résulté que le test a été appliqué tant à des mesures indistinctement applicables qu'à des mesures discriminatoires¹⁰⁶⁷, bien qu'il ne vise, en principe, que les premières¹⁰⁶⁸.

257. Lorsqu'il a été mis en œuvre pour apprécier des mesures discriminatoires, il a souvent conduit les juges à conclure à une violation de la Constitution.

Ainsi, la Cour a condamné une réglementation de l'Etat du Mississippi subordonnant l'autorisation de vente du lait importé sur son territoire à la condition que celui-ci provienne d'un Etat avec lequel un accord de réciprocité avait été conclu¹⁰⁶⁹. Autrement dit, l'Etat d'importation devait préalablement avoir autorisé la commercialisation sur son territoire du lait produit au Mississippi avant que les importateurs puissent eux-mêmes vendre leur lait dans cet Etat. Une telle exigence de réciprocité, caractéristique des rapports classiques du commerce international¹⁰⁷⁰, ne saurait évidemment être admise dans le cadre d'un marché

¹⁰⁶⁴ Par comparaison, v. CJCE, 27 mai 1986, *Société Legia e.a. c/ Ministre de la Santé*, aff. jtes 87 et 88/85, *Rec.* p. 1707, pts 15-16 ; CJCE, *Fabricants raffineurs d'huile de graissage c/ Inter-Huiles*, aff. 172/82, *préc.* ; CJCE, *Dusseldorp*, aff. C-203/96, *préc.* ; CJCE, *Delhaize et Le Lion*, aff. C-47/90, *préc.*

¹⁰⁶⁵ V. *Pike*, 397 U.S., *préc.*, p. 144 : « [l'Etat] ne se plaint pas parce que l'entreprise appose le nom de l'Arizona sur des produits inférieurs ou frauduleux, mais parce qu'elle n'appose pas ce nom sur un produit qui est supérieur et correctement conditionné » ; p. 145 : « il n'est pas évident de voir pourquoi les producteurs de l'Arizona sont autorisés à bénéficier, aux dépens de l'entreprise, du fait qu'elle produit une récolte [de qualité] supérieure ».

¹⁰⁶⁶ V. l'analyse du professeur REGAN sur cet arrêt. Pour celui-ci, la Cour n'a pas, contrairement à ce qu'elle prétend faire, réellement mis en balance les avantages et les inconvénients de la réglementation en l'espèce. Elle se serait, au contraire, entièrement focalisée sur la nature de l'objectif recherché. Convaincue de son caractère protectionniste, elle aurait invalidé la mesure sans autre considération (D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", *préc.*, pp. 1209 et s.). Le professeur DENNING conteste également que la Cour ait appliqué le *balancing test* dans cette affaire (B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", *préc.*, p. 448 et p. 457).

¹⁰⁶⁷ V. par ex. *Sporhase*, 458 U.S. 941, *préc.* ; *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888 (1988).

¹⁰⁶⁸ Cette ambiguïté a souvent été relevée par les juridictions fédérales inférieures. V. par ex. *National Ass'n of Optometrists & Opticians v. Harris*, 682 F.3d 1144, 1149-1150 (9th Cir. 2012).

¹⁰⁶⁹ *Great Atlantic & Pac. Tea Co.*, 424 U.S. 366, *préc.*

¹⁰⁷⁰ V. à ce propos, D. DERO, *Réciprocité et le droit des Communautés et de l'Union européenne*, Bruylant, 2006, *spéc.* pp. 7 et s.

intérieur¹⁰⁷¹.

Dans l'arrêt *Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission*¹⁰⁷², les juges ont condamné une réglementation de Caroline du Nord relative aux indications de qualité et au conditionnement des pommes. D'apparence neutre, la mesure avait pour effet d'empêcher les producteurs de l'Etat de Washington d'utiliser les indications prévues par leur réglementation. Elle les obligeait donc à adapter leur emballage pour le marché de Caroline du Nord alors que les producteurs de cet Etat n'étaient soumis à aucune contrainte supplémentaire. En outre, il apparaissait que les indications prévues par la réglementation de l'Etat de Washington permettaient de mettre en valeur la qualité supérieure des pommes produites dans cet Etat. En interdisant l'utilisation de ces indications, la Caroline du Nord les privait donc d'un avantage concurrentiel. Partant, la Cour en conclut que la mesure avait pour objectif et effet de protéger la production de pommes de Caroline du Nord. Cet exemple trouve un écho certain dans la jurisprudence communautaire, la Cour de justice qualifiant d'entrave les réglementations imposant aux producteurs d'adapter leur production. A la différence des juges communautaires, cependant, les juges américains recherchent concrètement l'effet discriminatoire et protectionniste de la mesure avant d'en constater l'inconstitutionnalité¹⁰⁷³.

Citons, enfin, l'arrêt *Bendix Autolite Corp.* dans lequel la Cour a déclaré contraire à la *dormant commerce clause* une réglementation relative aux délais de prescription directement discriminatoire à l'égard des entreprises étrangères¹⁰⁷⁴. Rappelant qu'une mesure discriminatoire est en principe invalide *per se*, la Cour a, pourtant, choisi de la soumettre au

¹⁰⁷¹ V. également *Sporhase*, 458 U.S. 941, préc. (inconstitutionnalité d'une exigence de réciprocité pour l'exportation des eaux souterraines de l'Etat) ; *New Energy Co. of Indiana*, 486 U.S. 269, préc. (avantage fiscal octroyé sous réserve de réciprocité).

Les exigences de réciprocité, qui sont expressément visées par la directive 70/50 (préc., article 2, o)) et la directive « services » (directive 2006/123/CE, préc., article 14, §4), sont également condamnées par la Cour de justice qui estime que les droits conférés par le traité sont inconditionnels de telle sorte qu'« *un Etat membre ne saurait faire dépendre leur respect du contenu d'une convention conclue avec un autre Etat membre. En particulier [les articles du traité] ne permet[tent] pas de soumettre ces droits à une condition de réciprocité dans le but d'obtenir des avantages correspondants dans d'autres Etats membres* » (CJCE, *avoir fiscal*, aff. 270/83, préc., pt 26). Dans le même sens, v. CJCE, 13 février 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-131/01, *Rec.* p. I-1659.

¹⁰⁷² *Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333, préc.

¹⁰⁷³ V. *infra*.

¹⁰⁷⁴ *Bendix Autolite Corp.*, 486 U.S. 888, préc. En l'espèce, les délais de prescription prévus pour engager des poursuites à l'encontre d'entreprises étaient suspendus lorsque l'entreprise assignée n'était pas établie dans l'Etat.

balancing test, sans expliquer clairement les raisons de sa démarche¹⁰⁷⁵. Aussi, la Cour ne semble pas s'attacher à une distinction rigoureuse des mesures discriminatoires et des mesures indistinctement applicables pour appliquer le *balancing test*.

258. En revanche, appliqué à des mesures réellement neutres, le test a, sauf dans le domaine du transport¹⁰⁷⁶ et dans les hypothèses de réglementations « extra-territoriales »¹⁰⁷⁷, toujours conduit les juges à exclure une violation de la clause de commerce. Ainsi, la Cour a déclaré conforme à la Constitution une réglementation interdisant aux compagnies pétrolières d'exploiter des stations-service dans l'Etat du Maryland¹⁰⁷⁸. De même, a-t-elle validé l'interdiction de commercialiser dans le Minnesota de bouteilles de lait en plastique non restituable ou recyclable¹⁰⁷⁹. Une réglementation des prix de vente de l'électricité, dont le caractère protectionniste n'était pas établi, n'a pas été jugée contraire à la *dormant commerce clause*¹⁰⁸⁰. En 1987, c'est une mesure indistinctement applicable réglementant les offres publiques d'achat qui a passé avec succès le test de l'arrêt *Pike*¹⁰⁸¹. Enfin, un recours contre la politique du Kansas visant à stimuler la production de gaz dans l'Etat par un contrôle étroit des sociétés exploitant des puits a également été rejeté au motif qu'aucune distinction n'était opérée selon la destination du gaz¹⁰⁸².

Les faits, à l'origine de ces litiges sont marqués du sceau de la diversité mais avaient pour point commun d'impliquer des réglementations indistinctement applicables.

¹⁰⁷⁵ *Bendix Autolite Corp.*, 486 U.S., préc., p. 891 : « La loi de l'Ohio [...] aurait pu être qualifiée de discrimination et être invalidée sans davantage d'analyse. Nous choisissons, cependant, d'apprécier les intérêts de l'Etat, pour démontrer que ses [intérêts] légitimes ne sont pas protégés par la loi alors que le commerce interétatique est soumis à des restrictions substantielles. Nous estimons que l'entrave imposée au commerce interétatique par la loi excède l'intérêt local que l'Etat peut rechercher ».

¹⁰⁷⁶ V. chapitre 2, §2, A. du présent titre, *infra*.

¹⁰⁷⁷ *MITE Corp.*, 457 U.S. 624, préc. Dans cette affaire la Cour a déclaré inconstitutionnelle une mesure relative aux offres publiques d'achat indistinctement applicable tant en droit que dans ses effets. Bien qu'elle applique le test de l'arrêt *Pike*, c'est le caractère extraterritorial de la loi (celle-ci avait pour effet de s'appliquer à des opérations ne se déroulant pas sur son territoire) qui semble avoir déterminé la solution au fond. En ce sens, v. l'arrêt *CTS Corp.* de 1987, dans lequel une réglementation similaire mais ne visant que les transactions étatiques a été validée (*CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America*, 481 U.S. 69 (1987)). Par comparaison, v. CJCE, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, préc.

¹⁰⁷⁸ *Exxon Corp.*, 437 U.S. 117, préc.

¹⁰⁷⁹ *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456, préc. Pour de plus amples développements sur cet arrêt et une comparaison avec la jurisprudence communautaire en matière d'environnement, v. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, §1, B, *infra*.

¹⁰⁸⁰ *Arkansas Elec. Coop.*, 461 U.S. 375, préc.

¹⁰⁸¹ *CTS Corp.*, 481 U.S. 69, préc.

¹⁰⁸² *Northwest Central Pipeline Corp. v. State Corp. Comm'n of Kansas*, 489 U.S. 493 (1989).

L'analyse de la jurisprudence conduit donc à constater que le caractère discriminatoire ou neutre de la réglementation étatique est déterminant dans le résultat du contrôle de la Cour.

259. Ceci dit, l'absence de discrimination n'implique pas l'absence d'entrave : dans leurs décisions relatives aux mesures indistinctement applicables, les juges n'ont pas rejeté les recours au motif que le commerce interétatique n'était pas entravé mais, souvent, en raison du degré mineur ou hypothétique de la restriction¹⁰⁸³. Autrement dit, l'absence de discrimination conditionne avant tout l'appréciation du degré de l'entrave.

La qualification même d'obstacle au commerce interétatique a fait l'objet de très peu de discussions, de telle sorte qu'il est difficile d'identifier des critères de qualification, en dehors du critère de la discrimination.

260. Les arrêts rendus dans le domaine des transports apportent, cependant, un éclairage sur le concept d'obstacle non discriminatoire. Les Etats, dans l'exercice de leur compétence en matière de transport, ont adopté des réglementations touchant à la taille, au poids, aux équipements des trains et des poids lourds. Certaines de ces réglementations ont été invalidées, non au motif d'une quelconque discrimination, mais parce que, en raison de leurs divergences avec les autres réglementations étatiques, elles empêchaient les transporteurs de circuler librement sur les voies de transport de l'Etat¹⁰⁸⁴. Dans ces décisions, c'est donc la disparité même des législations qui a motivé la solution retenue par les juges. Un parallèle peut être opéré ici avec le contentieux de la libre circulation des marchandises et, dans une moindre mesure, de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne. En obligeant les transporteurs à adapter leurs moyens de transport s'ils souhaitaient circuler sur les voies étatiques, les Etats entravaient leur circulation. Aussi peut-on rattacher, dans une certaine mesure, cette jurisprudence à la théorie communautaire de la double charge¹⁰⁸⁵. Cependant, les conditions posées par la Cour Suprême pour invalider de telles réglementations montrent qu'une simple divergence n'est pas suffisante¹⁰⁸⁶. En outre, elle n'a pas étendu cette approche aux autres domaines susceptibles d'affecter la libre circulation. Certes, des considérations liées aux disparités législatives ne sont pas absentes de son analyse. Elle a cependant rejeté les

¹⁰⁸³ V. par ex. *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S., préc., p. 472 (« l'entrave imposée au commerce interétatique par la loi est relativement mineure ») ; *Arkansas Elec. Coop.*, 461 U.S., préc., p. 395.

¹⁰⁸⁴ *Southern Pacific Railway*, 325 U.S. 761, préc. ; *Bibb v. Navajo Freightlines, Inc.*, 359 U.S. 520 (1959) ; *Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S. 429, préc. ; *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S. 662, préc.

¹⁰⁸⁵ V. à ce propos, *infra*, chapitre 2, section 1 du présent titre.

¹⁰⁸⁶ V. *infra*, chapitre 2, section 1, § 2 du présent titre.

arguments des parties à cet égard, observant que le lien entre la disparité et l'obstacle n'était pas établi¹⁰⁸⁷. Dès lors, contrairement à la Cour de justice, la Cour Suprême n'infère pas l'existence d'une entrave de la simple coexistence de réglementations différentes.

261. Les entreprises et les particuliers ont également parfois employé la Constitution pour contester des réglementations les excluant du marché. L'obstacle à l'accès au marché n'a, cependant, jamais permis, en lui-même, de convaincre la Cour d'une violation de la clause de commerce. Les juges ont, toutefois, pu être sensibles à cet argument dans le cadre du contentieux de la *due process clause* puisqu'ils ont, à une certaine époque, invalidé des réglementations qui limitaient, selon eux, de manière arbitraire la liberté économique des opérateurs. L'immixtion des juridictions dans les choix réglementaires des Etats a cependant été fortement critiquée, de telle sorte que la Cour a progressivement renoncé à son interprétation extensive de la *due process clause*¹⁰⁸⁸.

262. Enfin, la Cour Suprême a refusé de reconnaître que toute réduction du commerce interétatique consécutive à l'adoption d'une réglementation par un Etat équivalait à une entrave¹⁰⁸⁹.

263. Aussi faut-il bien constater, que, à quelques exceptions près, l'entrave s'identifie, dans la jurisprudence américaine, à la discrimination.

264. Dans l'Union européenne, dans une moindre mesure aux Etats-Unis, les juridictions ont pris en compte le potentiel entravant des disparités législatives, notamment en ce qu'elles impliquaient une « double charge » dissuasive pour l'opérateur économique exerçant une activité interétatique. Par ailleurs, indépendamment de la multiplication des contraintes réglementaires, des préoccupations liées à l'accès au marché sont apparues dans la jurisprudence de la Cour de justice. Il convient donc de voir dans quelle mesure les concepts de « double charge » et d'« accès au marché » permettent d'expliquer la notion d'entrave non protectionniste dans les deux Unions.

¹⁰⁸⁷ V. par ex. *Exxon Corp.*, 437 U.S., préc., p. 128 ; *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S., préc., p. 473. V. *infra*.

¹⁰⁸⁸ V. chapitre 3, section 1, §2 du présent titre, *infra*.

¹⁰⁸⁹ *Alexandria Scrap Corp.*, 426 U.S., préc., p. 805. Rappelons qu'en droit communautaire, la réduction des importations n'est pas non plus un critère de l'entrave (v. *supra* section 1, §1, A du présent chapitre).

Chapitre 2 - L'entrave non discriminatoire : une

explication théorique incertaine

265. Aux Etats-Unis, comme dans l'Union européenne, les juridictions n'ont pas défini précisément le concept d'entrave, se réservant en quelque sorte la possibilité d'apprécier au cas par cas les réglementations soumises à leur contrôle. Cependant, la jurisprudence laisse apparaître divers critères de qualification qui ont été rationalisés par la doctrine. Plusieurs théories ont, à cet égard, été proposées dans l'Union européenne, dont deux retiennent plus particulièrement l'attention : la théorie de la double charge et la théorie de l'accès au marché. La première a fait l'objet, implicitement, d'une application extensive dans l'Union européenne, tandis qu'aux Etats-Unis les cas d'application ont été beaucoup plus limités (section 1). La seconde a permis une certaine unification de la jurisprudence communautaire. En revanche, la Cour Suprême n'a consacré que de manière anecdotique un droit d'accéder au marché (section 2).

Section 1 – Théorie de la double charge

266. L'existence de réglementations des activités économiques divergentes affecte l'interpénétration des marchés nécessaire à la création d'un marché intérieur et empêche la réalisation des économies d'échelle visées par l'établissement d'un tel marché¹⁰⁹⁰. En effet, dans ce contexte, un opérateur économique est obligé d'adapter son activité aux diverses législations étatiques, adaptation qui, dans les cas extrêmes, peut être impossible lorsque les exigences posées par les différents ordres juridiques sont contradictoires. En dehors de cette

¹⁰⁹⁰ V. en ce sens S. WEATHERILL, "Pre-emption, Harmonisation...", *op. cit.*, p. 50 ; N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence », *CDE*, n° 1-2, 1998, p. 11, *spéc.* p. 26 ; I. GOVAERE, « L'établissement des règles des marchés nationaux ou régionaux : de l'Etat régulateur souverain aux organisations d'intégration régionale promotrices, protectrices et intermédiaires », *RIDE*, n°3-4, 2003, p. 313, *spéc.* pp. 328-329.

hypothèse, les disparités législatives impliquent une éventuelle augmentation des coûts de l'opérateur et sont susceptibles de le dissuader d'investir le marché d'un ou plusieurs Etats.

267. Outre l'effet dissuasif qu'elle entraîne, cette situation peut être perçue comme discriminatoire. Elle défavorise en effet les opérateurs ayant une activité transnationale : ceux-ci sont obligés de respecter différents corps de règles, par rapport aux opérateurs n'exerçant leur activité que dans un seul Etat et ne sont donc soumis qu'aux seules exigences de cet Etat¹⁰⁹¹. Toutefois, cette appréciation en termes de discrimination est, à notre sens, et comme nous le verrons, discutable¹⁰⁹².

268. Conscients que l'établissement d'un marché intérieur nécessitait de traiter cette situation, les rédacteurs du traité de Rome ont prévu l'harmonisation progressive des réglementations nationales¹⁰⁹³. Il n'a cependant pas échappé à la Cour que les dispositions du traité relatives aux libertés de circulation pouvaient également permettre d'atténuer les effets restrictifs résultant des disparités réglementaires. C'est pourquoi, elle a rejeté l'argument selon lequel les entraves résultant des divergences législatives ne pouvaient être supprimées que par la voie d'une harmonisation¹⁰⁹⁴. C'est d'abord dans le domaine de la libre circulation des marchandises que cette approche a été développée. A partir de l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Cour a élaboré une jurisprudence par laquelle elle qualifie d'entrave toute mesure d'un Etat empêchant la commercialisation d'un produit légalement fabriqué et commercialisé sur le territoire communautaire. Cette démarche a été formalisée par la Commission dans une communication interprétant l'arrêt du 20 février 1979¹⁰⁹⁵ et est à l'origine du principe de

¹⁰⁹¹ V. en ce sens, V. G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle... », préc., p. 291 ; N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services... », préc., p. 16 ; G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, *op. cit.*, pp. 65 et s. V. également p. 82.

¹⁰⁹² V. §1, A, 2. de la présente section, *infra*.

¹⁰⁹³ V. not. les articles 114 et 115 TFUE.

¹⁰⁹⁴ CJCE, 9 décembre 1981, *Commission c/ Italie* (« Vinaigre II »), aff. 193/80, *Rec.* p. 3019, pt 17. Il convient, cependant, de relever que, pour la Cour, certaines entraves résultant de disparités législatives ne peuvent être éliminées que par la voie politique (v. par ex. CJCE, *Kaasfabriek Eyssen*, aff. 53/80, préc. (à propos du taux de nisine acceptable dans les denrées alimentaires) ; CJCE, *Cartesio*, aff. C-210/06, préc. (à propos du lien de rattachement exigé pour les sociétés relevant des législations des Etats membres et des modalités du transfert du siège d'une société)).

¹⁰⁹⁵ Communication de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (*Cassis de dijon*) (JO C 256, p. 2).

reconnaissance mutuelle¹⁰⁹⁶. La Cour a, ensuite, étendu cette jurisprudence, en l'adaptant, aux autres libertés de circulation. Dans le domaine de la libre prestation de services, le prestataire demeurant soumis à la législation de son Etat d'origine, la Cour a qualifié d'entraves les exigences imposées par l'Etat d'accueil. Le parallélisme entre libre circulation des marchandises et libre prestation de services apparaît d'ailleurs clairement dans certains arrêts¹⁰⁹⁷. Ainsi, dans sa décision *Canal Satellite Digital* de 2002, la Cour rappelle qu'une mesure nationale ne saurait faire « double emploi » avec des contrôles déjà effectués dans un autre Etat membre¹⁰⁹⁸. En matière de libre circulation des marchandises, cela se traduit par le fait qu'un produit légalement commercialisé dans un Etat membre doit pouvoir être commercialisé dans tout autre Etat membre sans être soumis à des contrôles supplémentaires¹⁰⁹⁹. En ce qui concerne la libre prestation de services, le principe implique qu'un Etat ne saurait imposer à un prestataire des exigences visant à protéger des intérêts généraux déjà sauvegardés dans l'Etat d'origine¹¹⁰⁰.

269. En revanche, hormis l'hypothèse des qualifications requises pour exercer une profession, la théorie de la double charge ne permet généralement pas d'expliquer la jurisprudence relative à la liberté d'établissement et à la libre circulation des travailleurs. Dans ce cadre, en effet les opérateurs ne sont soumis, en principe, qu'aux seules règles de l'Etat d'accueil.

270. Bien que la Cour ait peu exprimé la notion d'entrave au travers de cette théorie, on constate donc qu'elle sous-tend une grande partie de la jurisprudence (A).

271. Aux Etats-Unis, le Congrès est également compétent pour adopter des réglementations,

¹⁰⁹⁶ Sur le lien entre cette jurisprudence et le principe de reconnaissance mutuelle : v. *infra*. Il convient de relever que certains actes antérieurs à la communication de la Commission faisaient déjà référence, dans des domaines spécifiques, à la reconnaissance mutuelle (v. par ex. la résolution du Conseil du 28 mai 1969 relatif à la reconnaissance réciproque des contrôles (JO L 76, p. 7)). De même, le traité prévoit dès l'origine l'élaboration de directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes (article 57, §1 CEE).

¹⁰⁹⁷ V. en ce sens, A. MATTERA, « Les principes de « proportionnalité » et de la « reconnaissance mutuelle » dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services : de l'arrêt « Thieffry » aux arrêts « Vlassopoulou », « Mediawet » et « Denmeyer » », *RMUE*, n° 4, 1991, p. 191. V. également U. EVERLING, « Sur la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière de libre prestation des services rendus dans d'autres Etats membres », *CDE*, n° 1-2, 1984, p. 8, *spéc.* p. 11 et p. 14 ; M. FALLON, « Vers un principe général de liberté de circulation ?... », *préc.*, pp. 85 et s. ; E. SPAVENTA, "From Gebhard to Carpenter...", *préc.*, p. 748.

¹⁰⁹⁸ CJCE, 22 janvier 2002, *Canal Satellite Digital*, aff. C-390/99, *Rec.* p. I-607, pt 36. Dans cet arrêt les atteintes à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation de services sont envisagées conjointement.

¹⁰⁹⁹ Pt 37 de l'arrêt.

¹¹⁰⁰ Pt 38 de l'arrêt.

qui par le biais du principe de primauté et de la préemption¹¹⁰¹, se substituent aux législations disparates des Etats¹¹⁰². Comme dans l'Union européenne, cette action s'avère insuffisante pour abolir le fractionnement du marché qu'entraînent les disparités des législations étatiques. Aussi, des considérations tenant aux entraves résultant de la nécessité de s'adapter à plusieurs réglementations ne sont pas absentes de l'analyse de la Cour Suprême. Néanmoins, cette circonstance s'est révélée insuffisante la plupart du temps, la Cour n'ayant conclu à l'inconstitutionnalité de mesures indistinctement applicables que dans les cas les plus extrêmes de divergences réglementaires¹¹⁰³. Les conséquences de cette jurisprudence isolée ne sont, quoi qu'il en soit, pas les mêmes que dans l'Union européenne puisqu'aucun principe de reconnaissance mutuelle et d'application de la loi du pays d'origine n'a été développé par les juges¹¹⁰⁴ (B).

§1. Une application systématisée dans l'Union européenne

272. La problématique de la double charge a été résolue dans l'Union européenne par la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle¹¹⁰⁵ : l'Etat d'accueil doit, en principe, accepter sur son territoire la commercialisation des produits légalement fabriqués dans un Etat de l'Union européenne, de même qu'il doit admettre la fourniture d'un service par un opérateur respectant les règles de son Etat d'origine. Autrement dit, il doit accepter comme

¹¹⁰¹ Sur la doctrine de la préemption, v. Titre 2, *infra*.

¹¹⁰² Il ne s'agit pas d'harmonisation puisque le Congrès n'est pas compétent pour exiger des Etats qu'ils modifient leurs réglementations (*New York v. United States*, 505 U.S. 144, préc.). Les actes du Congrès sont donc davantage comparables aux règlements communautaires.

¹¹⁰³ V. à ce propos, C.R. SUNSTEIN, "Protectionism, the American Supreme Court...", *op. cit.*, p. 138.

¹¹⁰⁴ V. en ce sens H.-C.VON HEYDEBRAND ud. LASA, "Free movement of Foodstuffs, Consumer Protection and Food standards in the European Community: Has the Court of Justice Got It Wrong?", *ELRev.*, vol. 16, 1991, p. 391, *spéc.* p. 396. Seule la *full faith and credit clause* impose une reconnaissance mutuelle limitée à certains actes (article IV, section 1 de la Constitution : « *Pleine foi et credit seront accordés, dans chaque Etat, aux actes publics, minutes et procès-verbaux judiciaires de tous les autres Etats* »). Sur cette clause, v. J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op. cit.*, pp. 251 et s. et pp. 287 et s.

¹¹⁰⁵ Ce principe ne figure dans le traité qu'aux articles 53 TFUE et à l'ancien article 293 CE (abrogé dans le TFUE), concernant respectivement la reconnaissance des qualifications et la reconnaissance des sociétés. Dans les autres domaines, il est essentiellement l'œuvre de la Cour de justice et de la Commission. Sur le principe, v. A. BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de « reconnaissance mutuelle » en droit communautaire*, thèse, Université de Lausanne, 1995.

étant équivalentes aux siennes les exigences de l'Etat d'origine¹¹⁰⁶. Dès lors, les marchandises et les services ne sont plus, par principe, soumis qu'à un seul corps de règles : celui de l'Etat d'origine¹¹⁰⁷. Toute règle supplémentaire imposée par l'Etat d'accueil est *ipso facto* qualifiée d'entrave. L'automatisme de la qualification d'entrave apparaît dans un certain nombre d'arrêts, dans lesquels la Cour a directement procédé au contrôle de proportionnalité. Par exemple, dans l'arrêt *Succédanés du lait*, la Cour s'est contentée d'observer que « l'application d'une réglementation nationale aux produits importés des autres Etats membres n'est compatible avec le traité que dans la mesure où elle est nécessaire pour satisfaire à des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 36 [...] ou à des exigences impératives [...] »¹¹⁰⁸. La formulation prête à confusion : sortie de son contexte factuel, elle laisse entendre qu'un Etat ne pourrait appliquer sa législation, quelle qu'elle soit, aux marchandises importées, sauf à en démontrer la nécessité au regard d'un objectif légitime. Une telle portée ne peut évidemment être donnée à la jurisprudence de la Cour et il convient de limiter cette jurisprudence au cas d'espèce, c'est-à-dire une mesure interdisant l'importation d'une marchandise légalement fabriquée dans un autre Etat membre. Dans d'autres décisions, en revanche, notamment lorsque l'obstacle, bien que d'une nature similaire, était moins apparent, la Cour a fait œuvre de pédagogie en expliquant pourquoi les mesures de l'Etat d'importation, divergeant de celles de l'Etat d'origine, constituaient une entrave. De cette jurisprudence, il ressort que les disparités législatives imposent aux

¹¹⁰⁶ Pour la Commission européenne, « les objectifs des législations nationales, comme la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement sont très souvent identiques. Il s'ensuit que les règles et dispositions de contrôle établies pour atteindre ces objectifs reviennent souvent au même, tout en prenant des formes différentes, et devraient normalement être reconnues dans tous les Etats membres » (Livre Blanc sur la réalisation du marché intérieur, préc., pt 58).

¹¹⁰⁷ Les principes de reconnaissance mutuelle et du pays d'origine ne sont pas synonymes. Tout d'abord, si le principe du pays d'origine est souvent la conséquence du principe de reconnaissance mutuelle, il existe également en dehors d'un processus de reconnaissance mutuelle. La reconnaissance mutuelle suppose en effet l'équivalence des législations. Cette équivalence est cependant présumée et il revient à l'Etat de démontrer que la mesure de l'Etat d'origine ne permet pas d'atteindre les objectifs légitimes qu'il poursuit. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, l'absence d'équivalence des législations n'est en outre pas suffisante pour légitimer une mesure. Encore faut-il que celle-ci poursuive un objectif légitime qui ne peut être atteint par des moyens moins restrictifs. Une réglementation est donc appréciée au regard des réglementations des autres Etats membres (reconnaissance mutuelle) mais est également appréciée en elle-même. Aussi, le principe du pays d'origine va plus loin que le principe de reconnaissance mutuelle : il s'applique même en l'absence d'équivalence des réglementations, c'est à dire lorsque la condition de la reconnaissance mutuelle fait défaut. V. en ce sens, J. PELKMANS, *European integration : methods and economic analysis*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times, 2001, spéc. p. 65 ; K. ARMSTRONG, "Mutual Recognition", *op. cit.*, pp. 230-239. Sur le principe du pays d'origine, v. T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés...*, *op. cit.*, pp. 328 et s.

¹¹⁰⁸ CJCE, 23 février 1988, *Commission c/ France* (« Succédanés de lait en poudre »), aff. 216/84, *Rec.* p. 793.

producteurs de prévoir une fabrication différenciée pour chaque Etat¹¹⁰⁹. Cette obligation d'adaptation rend la commercialisation des marchandises importées « plus difficile ou onéreuse »¹¹¹⁰ et est, dès lors, de nature à décourager les importations et à cloisonner les marchés¹¹¹¹ (A). Ce raisonnement peut être étendu à la libre circulation des personnes, lorsque la réglementation de l'Etat d'accueil impose de se conformer à des exigences analogues à celles de l'Etat d'origine¹¹¹² (B).

A. Double charge et libre circulation des marchandises

273. Aux termes de la théorie de la double charge, constitue une entrave une mesure nationale soumettant à des exigences différentes ou supplémentaires des marchandises légalement fabriquées ou commercialisées dans d'autres Etats¹¹¹³. Comme l'a relevé la Commission dans le Livre blanc, une telle mesure affecte la réalisation du marché intérieur en ce qu'elle entraîne des coûts supplémentaires mais conduit également à « *des distorsions dans les systèmes de production* », augmente « *les coûts unitaires et les coûts de stockage* » et décourage « *la coopération entre les entreprises* »¹¹¹⁴. L'élimination d'une telle entrave

¹¹⁰⁹ V. par ex. CJCE, 19 février 1981, *Kelderman*, aff. 130/80, *Rec.* p. 527 : une mesure établissant un taux minimal et maximal de contenance en matières sèches pour certains pains peut « *nécessiter une fabrication différenciée selon la destination du pain, et donc, entraver la circulation du pain tel que produit légalement dans l'Etat membre d'origine si, dans cet Etat, des critères identiques de fabrication ne sont pas prescrits* » (pt 7).

¹¹¹⁰ V. par ex. CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ Allemagne* (« *Pétillant de raisin* »), aff. 179/85, *Rec.* p. 3879, pt 8 : « *les producteurs de l'Etat membre d'exportation, qui désireraient commercialiser du 'pétillant de raisins' en République fédérale d'Allemagne, se verraient imposer l'obligation de conditionner ce produit pour ce marché déterminé dans des bouteilles différentes de celles qu'ils utilisent, aussi bien dans leur pays d'origine que sur le marché d'autres Etats membres. Cette commercialisation serait ainsi rendue plus difficile ou plus onéreuse* » ; CJCE, 14 octobre 2004, *Commission c/ Italie*, aff. C-143/03 (non publié au recueil), pt 30 : « *L'exigence de marquage [...] prévue par la réglementation italienne comporte la nécessité d'une adaptation du produit ou de son conditionnement. Elle entraîne une charge supplémentaire aux commerçants concernés de sorte qu'elle serait de nature à décourager l'importation en Italie* ».

¹¹¹¹ V. par ex. CJCE, 13 décembre 1990, *Pall Corp. c/ Dalhausen*, aff. C-238/89, *Rec.* p. I-4827, pt 13 : une mesure interdisant l'emploi du logo ® sur des marchandises peut « *contraindre le titulaire d'une marque déposée dans un seul Etat membre à aménager de façon différente la présentation de ses produits en fonction du lieu de commercialisation prévu et à organiser des canaux de distribution cloisonnés [...]* ».

¹¹¹² V. par ex. CJCE, *Choquet*, aff. 16/78, *préc.* (à propos de l'obligation de repasser les épreuves du permis de conduire considérée comme contraire aux articles 45, 49 et 56 TFUE).

¹¹¹³ Selon les termes employés par la Cour, un Etat ne peut empêcher la vente d'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre Etat membre. Ceci dit, quelques arrêts laissent entendre que les conditions ne seraient pas cumulatives mais alternatives, autrement dit qu'une fabrication conforme aux prescriptions de l'Etat d'origine ou une commercialisation légale suffirait (v. par ex. CJCE, *Vermouth*, aff. 59/82, *préc.*, et, à ce propos, P. OLIVER, *Free Movement of Goods...*, *op. cit.*, pp. 134-135).

¹¹¹⁴ Livre Blanc sur la réalisation du marché intérieur, *préc.*, pt 60.

s'opère par le biais du principe de reconnaissance mutuelle qui oblige, sauf exception, les Etats à autoriser la commercialisation de ces marchandises¹¹¹⁵. Ce principe, systématisé par la Commission européenne, a été façonné au gré d'une jurisprudence abondante¹¹¹⁶ (1). Pour certains auteurs, cette conception de l'obstacle ne constituerait cependant qu'une reformulation de l'interdiction des discriminations et viserait « *des mesures qui ont un caractère protectionniste et qui créent, d'une manière ou d'une autre, un avantage pour la production nationale* »¹¹¹⁷. Or, à notre sens, si cette théorie couvre des hypothèses de discriminations, elle ne saurait se réduire à ce critère. Aussi ne constituerait-elle pas un instrument supplémentaire de détection du protectionnisme, mais davantage un instrument de répartition des compétences visant à la fusion des marchés nationaux¹¹¹⁸ (2).

1. Jurisprudence

274. A la suite de l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Commission a publié une communication interprétative par laquelle elle établit le principe de reconnaissance mutuelle. Ce principe implique que « *tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre Etat* »¹¹¹⁹. En conséquence, « *si les Etats membres peuvent, en ce qui concerne leur propre production et en l'absence de dispositions communautaires en la matière, réglementer les conditions de commercialisation des produits, il en est autrement s'il s'agit de produits importés des autres Etats membres* »¹¹²⁰. Plus précisément, « *un Etat membre ne saurait en principe interdire la vente sur son territoire d'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre Etat membre, même si ce produit est fabriqué selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à*

¹¹¹⁵ Rappelons que les principes de reconnaissance mutuelle et du pays d'origine ne constituent qu'un des instruments permettant de supprimer les « doubles charges ». L'harmonisation poursuit également une telle finalité. On peut donc décider d'associer les deux instruments (cas dans l'Union européenne) ou de s'appuyer sur un seul d'entre eux (cas aux Etats-Unis, où seul le législateur fédéral est, selon la Cour Suprême, en mesure de régler les problèmes résultant des disparités législatives).

¹¹¹⁶ Le principe de reconnaissance mutuelle figure également dans un certain nombre de directives d'harmonisation. Sur ce point, v. 2^{ème} partie, *infra*.

¹¹¹⁷ R. JOLIET, « La libre circulation des marchandises... », préc., p. 150.

¹¹¹⁸ V. en ce sens, N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services... », préc., pp. 33 et s. ; S. WEATHERILL, « Pre-emption, Harmonisation... », *op. cit.*, pp. 42 et s.

¹¹¹⁹ Communication de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (*Cassis de Dijon*), préc.

¹¹²⁰ *Id.*

ses propres produits »¹¹²¹. Il en résulte qu'un produit légalement fabriqué selon les spécifications techniques d'un Etat doit pouvoir accéder au marché de tous les autres Etats membres, sans avoir à subir une quelconque modification préalable¹¹²².

275. Il n'est pas certain que la Cour ait entendu donner une telle portée à l'arrêt *Cassis de Dijon*¹¹²³. En effet, dans cet arrêt, elle n'indique pas ce qu'il faut entendre par « *obstacle [...] résultant des disparités des législations nationales* », se concentrant sur les justifications de tels obstacles. En outre l'expression « reconnaissance mutuelle » a, jusqu'à une époque récente¹¹²⁴, rarement été employée par la Cour de justice¹¹²⁵. Ceci dit, il apparaît qu'en qualifiant d'entrave toute mesure imposant au produit importé des exigences supplémentaires et en examinant les justifications des Etats, la Cour fait de la reconnaissance mutuelle la règle de principe. Aussi a-t-elle récemment affirmé que « *l'article [34] reflète l'obligation de respecter les principes de [...] reconnaissance mutuelle des produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres Etats membres* »¹¹²⁶.

276. La jurisprudence communautaire relative aux caractéristiques des produits est

¹¹²¹ *Id.* Certaines marchandises échappent à ce principe en vertu d'actes communautaires spécifiques. Ainsi, la circulation des médicaments a fait l'objet de différents textes qui prévoient, en substance, une autorisation préalable pour la mise sur le marché soit des autorités compétentes de l'Etat membre d'importation soit de l'Agence européenne des médicaments (v. par ex. la directive 2001/82/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments vétérinaires (JO L 311, p. 66), *spéc.* article 5 ; la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (JO L 311, p. 67), *spéc.* article 6).

¹¹²² V. également Livre Blanc sur la réalisation du marché intérieur, *préc.*, pts 77-79.

¹¹²³ Une partie de la doctrine émet un certain nombre de doutes à cet égard (v. J.-C. MASCLET, « Les articles 30, 36 et 100 du Traité C.E.E. à la lumière de l'arrêt « Cassis de Dijon », *RTDE*, 1980, n° 4, p. 611 ; M. WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en œuvre du traité CEE », *CDE*, n° 4, 1982, p. 347, *spéc.* p. 361-362 ; R. BARENTS, "New Developments in measures having equivalent effect", *CML Rev.*, vol. 18, 1981, p. 271, *spéc.* pp. 291-296 ; K. ARMSTRONG, "Mutual Recognition", *op. cit.*, pp. 233-235).

¹¹²⁴ La Cour de justice y fait officiellement référence depuis l'arrêt CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, *préc.* Sur cet arrêt et ses suites, v. chapitre 1, section 1, §1, A, *supra*.

¹¹²⁵ V. à ce propos C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, *op. cit.*, pp. 279 et s. Dans l'arrêt CJCE, 22 octobre 1998, *Commission c/ France* (« foie gras »), aff. C-184/96, *Rec.* p. 6197, la Cour était saisie de la réglementation française relative au foie gras. La Commission reprochait à la France de ne pas avoir inséré dans ses dispositions de clause de reconnaissance mutuelle. La Cour qualifie la mesure d'entrave, en ce qu'elle interdit la vente sous la dénomination foie gras de denrées qui ne seraient pas exactement conformes à ses prescriptions, mais elle ne se prononce pas en tant que tel sur la clause de reconnaissance mutuelle. L'absence de la clause ne semble donc pas constituer le facteur déterminant (v. en ce sens, A. RIGAUX et D. SIMON, « La guerre du foie gras aura-t-elle lieu ? », *Europe*, n° 12, 1998, comm. 399).

¹¹²⁶ CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, *préc.*, pt 34. Cette formule a été réemployée depuis (v. par ex. CJUE, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, *préc.*, pt 48).

extrêmement abondante¹¹²⁷. Si un principe commun émerge – un Etat ne saurait imposer des conditions différentes de celles de l’Etat d’origine – on peut néanmoins distinguer au sein de cette jurisprudence plusieurs catégories d’arrêts¹¹²⁸.

277. Tout d’abord, nombre d’arrêts portent sur des réglementations régissant la composition des produits et interdisant la vente des marchandises ne respectant pas les prescriptions réglementaires. L’arrêt *Cassis de Dijon* constitue sans aucun doute l’exemple le plus célèbre de ce type de réglementations¹¹²⁹, mais la Cour a eu à connaître de nombreuses autres législations analogues. Par exemple, constituent des entraves, des mesures interdisant d’importer et de commercialiser des vinaigres d’origine agricole autres que le vinaigre de vin¹¹³⁰, de fabriquer pour le marché national du fromage contenant de la nisine¹¹³¹, d’ajouter de la vitamine aux denrées alimentaires¹¹³², de dépasser une certaine teneur en gélatine dans les aliments¹¹³³, d’utiliser du blé tendre dans la fabrication des pâtes¹¹³⁴ ou encore de vendre des succédanés de lait en poudre et de lait concentré¹¹³⁵. Si la jurisprudence en la matière

¹¹²⁷ Nous n’établirons pas d’inventaire de cette jurisprudence mais en donnerons seulement quelques exemples. Pour une analyse plus exhaustive, v. F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, op. cit. ; A.-S. BAUDRAN, *La notion de mesure d’effet équivalant à une restriction quantitative à l’importation...*, op. cit. ; P. OLIVER, *Free Movement of Goods...*, op. cit., pp. 171-175 ; C. BARNARD, *The substantive law of the EU...*, op. cit., pp. 105 et s.

¹¹²⁸ V. en ce sens, A.-S. BAUDRAN, *La notion de mesure d’effet équivalant à une restriction quantitative à l’importation...*, op. cit., pp. 221 et s.

¹¹²⁹ CJCE, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, préc. En l’espèce l’Allemagne interdisait l’importation et la commercialisation de boissons spiritueuses non conformes à ses exigences concernant la teneur minimale en alcool.

¹¹³⁰ CJCE, *Vinaigre II*, aff. 193/80, préc.

¹¹³¹ CJCE, *Kaasfabriek Eyssen*, aff. 53/80, préc.

¹¹³² CJCE, *Sandoz*, aff. 174/82, préc. La Cour a été saisie de nombreuses reprises de réglementations interdisant certains additifs ou soumettant à autorisation préalable l’emploi d’additifs dans les denrées alimentaires (v. par ex. CJCE, 10 décembre 1985, *Motte*, aff. 247/84, *Rec.* p. 3887 ; CJCE, 6 mai 1986, *Muller*, aff. 304/84, *Rec.* p. 1511 ; CJCE, 13 décembre 1990, *Bellon*, aff. C-42/90, *Rec.* p. I-4863 ; CJCE, 16 juillet 1992, *Commission c/ Italie*, aff. C-95/89, *Rec.* p. I-4545). Il en ressort qu’une mesure interdisant l’emploi d’un additif autorisé dans l’Etat membre de fabrication d’une marchandise constitue une entrave qui peut néanmoins être justifiée au titre de la protection de la santé publique à condition que les Etats respectent un certain nombre de règles (à ce propos, v. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, *infra*).

¹¹³³ CJCE, 11 juillet 1984, *Commission c/ Italie* (« gélatine alimentaire »), aff. 51/83, *Rec.* p. 2793. Dans le même sens, v. CJCE, 17 mars 1983, *Kikvorsch Groothandel*, aff. 94/82, *Rec.* p. 947 (interdiction de dépasser une certaine teneur en acidité dans les bières) ; CJCE, 11 octobre 1990, *Nespoli et Crippa*, aff. C-196/89, *Rec.* p. I-3647 (interdiction de proposer à la vente un fromage n’ayant pas une teneur minimale en matière grasse) ; CJCE, 9 février 1999, *Van der Laan*, aff. C-383/97, *Rec.* p. I-731 (interdiction de commercialiser du jambon dont la teneur en protéine est jugée insuffisante).

¹¹³⁴ CJCE, 14 juillet 1988, *3 Gloken et autres c/ USL Centro-Sud et al.* (« Pasta »), aff. 407/85, *Rec.* p. 4233.

¹¹³⁵ CJCE, *Succédanés de lait en poudre*, aff. 216/84, préc. ; CJCE, 11 mai 1989, *Commission c/ Allemagne*, aff. 76/86, *Rec.* p. 1021.

concerne essentiellement les denrées alimentaires, elle a également trouvé à s'appliquer à des réglementations concernant d'autres marchandises. Ainsi, l'obligation d'apposer un poinçon particulier sur des ouvrages en métaux précieux constitue une entrave lorsque les ouvrages importés ne sont pas revêtus d'un poinçon conforme aux exigences de l'Etat¹¹³⁶. Font également obstacle à la libre circulation l'interdiction française de commercialiser des machines à travailler le bois qui ne respectent pas les exigences nationales en matière de sécurité¹¹³⁷ ou encore l'interdiction suédoise d'utiliser certains produits chimiques à des fins professionnelles¹¹³⁸.

278. Au-delà des mesures portant sur la composition même des produits, la Cour a également qualifié d'entraves des réglementations relatives à la dénomination des produits, à leur forme, à leur présentation, à leur étiquetage ou encore à leur conditionnement. De telles mesures n'interdisent généralement pas la commercialisation du produit mais impose à l'opérateur de procéder à des modifications. Une mesure réservant, par exemple, une dénomination à une marchandise donnée oblige le fabricant dont le produit ne répond pas aux exigences de la mesure à modifier son produit ou à en changer la dénomination. C'est ainsi qu'ont été qualifiées d'entraves les réglementations grecques et allemandes réservant la dénomination bière aux boissons ne comprenant que certains ingrédients, alors que d'autres ingrédients étaient autorisés dans certains Etats membres¹¹³⁹, les dispositions françaises interdisant de commercialiser des yaourts ayant fait l'objet d'une surgélation sous la dénomination « yaourt surgelé »¹¹⁴⁰ ou encore la législation néerlandaise réservant la dénomination genièvre aux

¹¹³⁶ CJCE, 22 juin 1982, *Robertson*, aff. 220/81, *Rec.* p. 2349 ; CJCE, 15 septembre 1994, *Houtwipper*, aff. C-293/93, *Rec.* p. I-4249 ; CJCE, 21 juin 2001, *Commission c/ Irlande*, aff. C-30/99, *Rec.* p. I-4619. Il convient de relever la large marge de manœuvre laissée aux Etats par la Cour de justice en la matière, ceux-ci pouvant exiger, pour des raisons de protection des consommateurs, l'apposition d'un poinçon réalisé par un organisme indépendant. Ils doivent néanmoins accepter les ouvrages déjà revêtus d'un poinçon dont le contenu informatif est équivalent à celui du poinçon prescrit par la législation nationale.

¹¹³⁷ CJCE, 28 janvier 1986, *Commission c/ France* (« machines à travailler le bois »), aff. 188/84, *Rec.* p. 419. En revanche, la Cour a estimé que la mesure était justifiée par la protection de la sécurité des utilisateurs. Cette décision apparaît en retrait par rapport au reste de la jurisprudence (v. *infra*).

¹¹³⁸ CJCE, 11 juillet 2000, *Toolex*, aff. C-473/98, *Rec.* p. I-5681.

¹¹³⁹ CJCE, *Commission c/ Grèce*, aff. 176/84, *préc.* ; CJCE, 12 mars 1987, *Commission c/ Allemagne*, aff. 178/84, *Rec.* p. 1227.

¹¹⁴⁰ CJCE, 14 juillet 1988, *Smanor*, aff. 298/87, *Rec.* p. 4489.

boissons présentant un titre d'au moins 35°¹¹⁴¹. Une mesure imposant l'utilisation d'une dénomination, si celle-ci ne correspond pas à celle employée dans l'Etat d'exportation, rend également nécessaire une adaptation de l'étiquette et fait donc obstacle aux importations¹¹⁴². De manière plus générale, toute mesure relative à l'étiquetage, et notamment aux informations devant figurer sur l'emballage, est susceptible d'entraver le commerce entre les Etats, si, en raison des disparités législatives, le producteur est obligé de prévoir un étiquetage différent pour chaque Etat¹¹⁴³. Un tel principe s'étend aux réglementations de la publicité lorsque celle-ci figure sur le produit même¹¹⁴⁴.

Les dispositions nationales relatives à la présentation des marchandises produisent un effet similaire dès lors qu'elles empêchent la commercialisation d'une marchandise dans sa présentation originelle. Aussi constitue un obstacle au commerce intracommunautaire la législation belge interdisant la vente au détail de margarine lorsque celle-ci n'a pas une forme cubique¹¹⁴⁵ ; la réglementation allemande prohibant la commercialisation de « pétillant de raisins » dans les bouteilles traditionnellement utilisées dans l'Etat de production¹¹⁴⁶, de

¹¹⁴¹ CJCE, 26 novembre 1985, *Miro BV*, aff. 182/84, *Rec.* p. 3731. V. également, en matière de réglementations des dénominations, CJCE, 22 septembre 1988, *Ministère public c/ Deserbais*, aff. 286/86, *Rec.* p. 4907 ; CJCE, 2 février 1994, *Clinique*, aff. C-315/92, *Rec.* p. I-317 ; CJCE, *foie gras*, aff. C-184/96, *préc.* ; CJCE, 16 janvier 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-12/00, *Rec.* p. I-459 ; CJCE, 16 janvier 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-14/00, *Rec.* p. I-513 ; CJCE, 6 novembre 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-358/01, *Rec.* p. I-13145.

¹¹⁴² CJCE, 16 décembre 1980, *Fietje*, aff. 27/80, *Rec.* p. 3839.

¹¹⁴³ V. par ex. CJCE, *Kikvorsch Groothandel*, aff. 94/82, *préc.* (à propos d'une réglementation allemande interdisant certaines mentions sur les étiquettes des bières) ; CJCE, 14 juillet 1994, *Van der Veldt*, aff. C-17/93, *Rec.* p. I-3803 (à propos de l'obligation de mentionner sur l'emballage le nom exact des conservateurs employés ou leurs numéros CEE) ; CJCE, 26 octobre 1995, *Commission c/ Allemagne* (« denrées alimentaires »), aff. C-51/94, *Rec.* p. I-3599 (à propos de l'obligation de faire apparaître sur l'étiquette, en sus de la liste des ingrédients, les ingrédients n'entrant pas dans la recette traditionnelle du produit) ; CJCE, 3 juin 1999, *Colim*, aff. C-33/97, *Rec.* p. I-3175 (à propos d'une réglementation exigeant que les informations figurant sur l'étiquette soient libellées dans la langue régionale) ; CJCE, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, *préc.* (à propos d'une législation imposant un marquage des vidéogrammes relatif à l'âge à partir duquel ceux-ci peuvent être vus). Il convient de relever que les législations nationales concernant l'étiquetage ont fait l'objet d'une harmonisation (v. not. la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard (JO L 109, p. 29)). En conséquence, c'est généralement à l'aune du droit dérivé que doivent être appréciées les mesures nationales en la matière (v. par ex. CJCE, *SARPP*, aff. C-241/89, *préc.*). Sur la préemption, v. 2^{ème} partie, titre 1, chapitre 1, *infra*.

¹¹⁴⁴ CJCE, 6 juillet 1995, *Mars*, aff. C-470/93, *Rec.* p. I-1923 ; CJCE, *Familiapress*, aff. C-368/95, *préc.*

¹¹⁴⁵ CJCE, 10 novembre 1982, *Walter Rau* (« margarine »), aff. 261/81, *Rec.* p. 3961.

¹¹⁴⁶ CJCE, *Pétillant de raisin*, aff. 179/85, *préc.* De même, une mesure réservant l'utilisation d'une certaine forme de bouteille à des boissons nationales, outre qu'elle présente un caractère protectionniste, rend la commercialisation des boissons importées « plus difficile ou plus onéreuse, notamment en raison des frais supplémentaires occasionnés par la nécessité de conditionner spécialement ces produits en vue de les rendre conformes aux exigences prévalant sur le marché de leur destination » (CJCE, *Prantl*, aff. 16/83, *préc.*, pt 23).

même que le système danois imposant aux producteurs de commercialiser la bière et les boissons rafraîchissantes uniquement dans des emballages susceptibles d'être réutilisés et agréés par l'administration¹¹⁴⁷.

279. Certaines de ces réglementations relatives aux caractéristiques du produit se couplent avec une procédure administrative de contrôle. De telles formalités, lorsqu'elles sont exigées indépendamment de celles qui ont déjà pu être effectuées dans l'Etat d'origine, constituent en elles-mêmes une entrave¹¹⁴⁸. Tel est le cas, par exemple, du régime espagnol prévoyant que les opérateurs de services d'accès conditionnels s'inscrivent préalablement sur un registre et soumettent leur matériel à une procédure d'homologation, nonobstant leur homologation dans l'Etat d'origine¹¹⁴⁹, ou de la procédure allemande de contrôle des vidéogrammes visant à déterminer à partir de quel âge ceux-ci peuvent être visionnés alors qu'une telle procédure a déjà eu lieu dans l'Etat d'exportation¹¹⁵⁰.

2. Une application élargie du principe de non discrimination ?

280. Derrière la diversité des situations, apparaît un principe relativement simple, aux termes duquel il incombe à l'Etat d'origine de réglementer tout ce qui concerne les caractéristiques des marchandises, les Etats ne pouvant appliquer leurs propres législations aux produits importés¹¹⁵¹, sauf à en démontrer la nécessité au regard d'un intérêt légitime¹¹⁵². Sous ce regard, la Cour de justice a dépassé l'interdiction du simple protectionnisme pour établir une règle permettant aux produits de circuler sans entrave aucune au sein du marché unique. Cette conception a, cependant, été discutée, certains auteurs ayant perçu dans cette jurisprudence

¹¹⁴⁷ CJCE, 20 septembre 1988, *Commission c/ Danemark* (« Bouteilles danoises »), aff. 302/86, *Rec.* p. 4607. V. également CJCE, 24 novembre 2005, *Schwarz*, aff. C-366/04, *Rec.* p. I-10139.

¹¹⁴⁸ Elles sont, en effet, « *de nature à rendre la commercialisation des marchandises plus difficile ou plus onéreuse* », notamment en ce qu'elles impliquent « *nécessairement des délais et des coûts financiers* » (CJCE, 13 décembre 1991, *RTT c/ GB-Inno-BM*, aff. 18/88, *Rec.* p. 5941, pt 32. V. également CJUE, 6 septembre 2012, *Commission c/ Belgique*, aff. C-150/11 (non encore publié au recueil)).

¹¹⁴⁹ CJCE, *Canal Satellite Digital*, aff. C-390/99, *préc.*

¹¹⁵⁰ CJCE, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, *préc.* V. également CJCE, 20 juin 2002, *Radiosistemi*, aff. jtes C-388 et 429/00, *Rec.* p. I-5845 ; CJCE, 5 février 2004, *Commission c/ Italie* (« Produits alimentaires pour sportifs »), aff. C-270/02, *Rec.* p. I-1559 ; CJCE, 15 novembre 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-319/05, *Rec.* p. I-9811.

¹¹⁵¹ Le professeur BERNARD propose à cet égard d'interpréter les règles du traité comme des règles de conflit de loi (v. N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services... », *préc.*, pp. 33 et s.).

¹¹⁵² V. *infra*, 2^{ème} partie, titre 2.

une application élargie du principe de non discrimination¹¹⁵³. Le produit importé serait, en effet, défavorisé par rapport au produit national, en ce qu'il serait obligé, contrairement au produit national, de satisfaire à différentes exigences réglementaires¹¹⁵⁴. Autrement dit, la jurisprudence de la Cour de justice en la matière n'aurait pas d'autre but ni effet que de combattre le protectionnisme entre Etats¹¹⁵⁵. Il est vrai qu'une mesure formellement indistinctement applicable peut tout à fait servir des finalités protectionnistes, comme l'illustrent d'ailleurs divers arrêts de la Cour. Ainsi, l'obligation de respecter une recette traditionnelle nationale dans la confection des denrées alimentaires avantage-t-elle les marchandises nationales¹¹⁵⁶. Concernant les réglementations des dénominations, la Cour a jugé qu'« *il serait incompatible avec l'article [34] du traité et les objectifs d'un marché commun qu'une législation nationale puisse réserver un terme générique à une variété nationale au détriment des autres variétés produites notamment dans d'autres Etats membres, en astreignant les producteurs de ces derniers à des dénominations inconnues ou moins appréciées par le consommateur* »¹¹⁵⁷. Elle a également pu, à certaines occasions, relever que la mesure litigieuse avait pour effet pratique d'écarter du marché les produits importés¹¹⁵⁸. Cette jurisprudence révèle que « [b]ien souvent, sous prétexte de protéger la santé ou la

¹¹⁵³ L'opinion la plus illustre à cet égard est celle de G. MARENCO (G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle... », préc., p. 291). Certains auteurs partagent sa thèse (v. par ex. L. DEFALQUE, « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », préc., p. 490 ; G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, op. cit., pp. 65 et s. ; M. WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en œuvre de l'Acte Unique Européen », CDE, n° 1, 1989, p. 41, spéc. pp. 49-53. Pour ce dernier, la jurisprudence *Cassis de dijon* peut s'expliquer sous l'angle de la discrimination matérielle. Ceci dit, il admet que dans certains arrêts la Cour a dépassé le principe de non discrimination).

¹¹⁵⁴ V. en ce sens S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, op. cit., p. 221. V. également les conclusions de l'avocate générale TRSTENJAK sous l'arrêt CJCE, *LIBRO*, aff. C-531/07, préc., pt 52. Pour une approche analogue mais isolée dans la jurisprudence américaine : *National Paint*, 45 F.3d 1124, préc. Dans cet arrêt, la Cour d'appel du 7^{ème} circuit a estimé que la mesure litigieuse dans l'affaire *Consolidated Freightways Corp.* (450 U.S. 662, préc., arrêt étudié *infra*) constituait une discrimination indirecte dans la mesure où, imposant une réglementation plus restrictive que les autres Etats, elle gênait davantage les entreprises non étatiques que les entreprises étatiques.

¹¹⁵⁵ V. en ce sens, R. JOLIET, « La libre circulation des marchandises... », préc., p. 150.

¹¹⁵⁶ CJCE, *Vinaigre I*, aff. 788/79, préc., pt 10 : « *l'effet pratique des prescriptions de ce genre consiste à protéger la production nationale interdisant la mise sur le marché national des produits d'autres Etats membres ne répondant aux spécifications imposées par la réglementation nationale* ». V. également CJCE, *Vinaigre II*, aff. 193/80, préc. ; CJCE, *Kikvorsch Groothandel*, aff. 94/82, préc. ; CJCE, *denrées alimentaires*, aff. C-51/94, préc. ; CJCE, *Commission c/ Allemagne*, aff. 178/84, préc. ; CJCE, *Pasta*, aff. 407/85, préc.

¹¹⁵⁷ CJCE, *Miro BV*, aff. 182/84, préc.

¹¹⁵⁸ V. par ex. CJCE, *Cassis de dijon*, aff. 120/78, préc., pt 14 ; CJCE, *margarine*, aff. 261/81, préc., pt 14 ; CJCE, 9 mai 1985, *Commission c/ France* (« *appareils d'affranchissement postal* »), aff. 21/84, *Rec. p. I-1355* (à propos d'une procédure d'agrément, indistinctement applicable dans le texte, mais appliquée de manière discriminatoire).

*sécurité publique, par exemple, on adopte des normes « taillées sur mesure » en fonction de la situation et des besoins des producteurs nationaux et dont l'effet le plus clair est de désavantager les producteurs des autres Etats membres »*¹¹⁵⁹. Ceci étant dit, si le caractère protectionniste d'une mesure apparaît suffisant pour qualifier celle-ci d'entrave, il n'apparaît, en revanche, absolument pas nécessaire. De nombreux arrêts démontrent, d'ailleurs, qu'une mesure ni discriminatoire dans ses effets, ni protectionniste dans ses objectifs, est néanmoins susceptible d'être qualifiée d'obstacle à la libre circulation des marchandises¹¹⁶⁰. Tel est souvent le cas, par exemple, des mesures interdisant la commercialisation d'une marchandise. Si les producteurs des autres Etats membres ne peuvent écouler leur marchandise, en raison de cette interdiction, sur un marché étatique, la mesure produit exactement le même effet à l'égard des producteurs nationaux¹¹⁶¹.

281. Concernant les mesures n'interdisant pas la commercialisation d'un produit, la qualification est plus discutable. Comme le relève, M. POIARES MADURO, « *Il est certainement possible d'alléguer qu'à chaque fois qu'une double exigence est imposée aux importations en raison du manque d'harmonisation des réglementations nationales il existe une discrimination à l'égard de ces importations* »¹¹⁶². Imposant aux producteurs d'adapter leurs marchandises au marché d'importation, de telles mesures sont susceptibles de dissuader les opérateurs économiques de pénétrer le marché national et augmentent, quoi qu'il en soit, leurs coûts, favorisant de la sorte les marchandises nationales¹¹⁶³. Dès lors, ce type de réglementations, même indistinctement applicables, aurait un effet protecteur.

¹¹⁵⁹ M. WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de Justice... », préc., p. 44.

¹¹⁶⁰ V. en ce sens, A. MATTERA, « De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck »... », préc., p. 122 ; D. MARTIN, « “Discriminations”, “entraves” et “raisons impérieuses” dans le traité CE... », préc., pp. 280-281.

¹¹⁶¹ V. par ex. CJCE, *Succédanés de lait en poudre*, aff. 216/84, préc. Dans cet arrêt, la Cour qualifie d'entrave la réglementation française interdisant la vente de succédanés de lait en poudre. Une telle mesure s'appliquait également aux éventuels producteurs nationaux et n'avait pas pour effet ou pour objectif d'avantager la production nationale. Dans l'arrêt *Cinéthèque*, les juges ont déclaré contraires à l'article 34 TFUE les dispositions françaises interdisant, pendant une période d'un an suivant la sortie en salles d'un film, la vente de vidéocassettes. La Cour relève elle-même que ce régime « *n'a pas pour effet de favoriser la production nationale par rapport à la production des autres Etats membres* » mais conclut à l'existence d'une entrave en raison des disparités législatives (CJCE, *Cinéthèque*, aff. jtes 60 et 61/84, préc., pts 21-22). V. en ce sens, M. WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de Justice... », préc., pp. 51-53.

¹¹⁶² M. POIARES MADURO, *We the Court...*, op. cit., p. 43 et dans le même sens, N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services... », préc., p. 16. V. également les conclusions de l'avocat général VAN GERVEN sous l'arrêt CJCE, *Tankstation 't Heuske et Boermans*, aff. jtes C-401 et 402/92, préc., pt 24.

¹¹⁶³ V. en ce sens, CJCE, *Robertson*, aff. 220/81, préc. ; CJCE, *Houtwipper*, aff. C-293/93, préc. ; CJCE, *Produits alimentaires pour sportifs*, aff. C-270/02, préc. ; CJCE, 23 octobre 1997, *Franzén*, aff. C-189/95, *Rec.* p. I-5909.

282. C'est pourquoi, une partie de la doctrine considère que la Cour se montre en réalité uniquement préoccupée par les réglementations n'établissant pas une véritable égalité de traitement entre les marchandises¹¹⁶⁴. Le fait que les juges ne recourent pas au vocabulaire de la discrimination dans leurs décisions ne constituerait pas à cet égard un indice fiable, puisque seraient parfois qualifiées de mesures indistinctement applicables des mesures défavorisant en pratique les produits importés¹¹⁶⁵. En outre, l'arrêt *Keck et Mithouard*, en exigeant la démonstration que les mesures relatives aux modalités de vente sont discriminatoires dans leur objet ou leurs effets, pourrait être interprété comme allant dans le sens de cette doctrine : une telle démonstration ne serait pas requise à l'égard des règles relatives aux caractéristiques des produits dans la mesure où celles-ci seraient intrinsèquement discriminatoires¹¹⁶⁶.

283. Toutefois, nous excluons, avec certains auteurs¹¹⁶⁷, l'idée que le concept de discrimination pourrait expliquer toutes les entraves à la libre circulation des marchandises¹¹⁶⁸.

Une telle conception de l'obstacle implique, en effet, que, si l'Etat démontre l'absence d'effet discriminatoire, c'est-à-dire que les producteurs nationaux ne sont pas avantagés par rapport aux producteurs étrangers, la qualification d'entrave devrait être écartée. Or, dans la jurisprudence de la Cour de justice, toute réglementation relative aux produits est *ipso facto* qualifiée d'entrave lorsqu'elle empêche un producteur de commercialiser sur le territoire d'un

¹¹⁶⁴ V. G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle... », préc., p. 304 ; R. JOLIET, « La libre circulation des marchandises... », préc., p. 150.

¹¹⁶⁵ V. par ex. CJCE, *margarine*, aff. 261/81, préc. En l'espèce, la Cour relève le caractère protecteur de la mesure mais applique la jurisprudence *Cassis de dijón* relative aux mesures indistinctement applicables et accepte d'examiner l'exigence impérative relative à la protection des consommateurs, alors qu'une telle exigence n'est en principe invocable qu'à l'égard des mesures non discriminatoires. Sur les ambiguïtés de la jurisprudence en la matière, v. R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, op. cit., p. 407.

¹¹⁶⁶ V. en ce sens G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, op. cit., p. 65 ; N. BERNARD, "Discrimination and Free Movement in EC Law", *I.C.Q.L.*, vol 45, 1996, p. 82, spéc. pp. 92-93.

¹¹⁶⁷ V. par ex. A MATTERA, « De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck »... », préc. ; D. CHALMERS, "Repackaging the internal market...", préc., pp. 393 et s. ; D. WILSHER, "Does Keck discrimination make any sense?...", préc., pp. 12 et s.

¹¹⁶⁸ Relevons, par ailleurs, les conséquences paradoxales d'une assimilation de la théorie de la double charge au principe de non discrimination. Pour C. HILSON, qui défend cette approche, la Cour n'interdit que les mesures discriminatoires en matière de libre circulation des marchandises depuis l'arrêt *Keck*, tandis qu'elle interdit également des mesures non discriminatoires en matière de libre circulation des personnes (C. HILSON, "Discrimination in Community free movement law", préc., p. 451). Autrement dit, les articles 45, 49, 56 et 57 TFUE auraient une portée plus large que l'article 34 TFUE. Or, une telle conception ne nous semble en accord ni avec la lettre du traité (qui interdit explicitement les discriminations dans le domaine de la libre circulation des personnes mais ne fait pas référence à un tel critère en ce qui concerne les marchandises), ni avec la jurisprudence de la Cour qui tend, ces dernières années, à adopter une approche transversale des libertés de circulation.

Etat une marchandise telle qu'il l'a fabriquée dans son Etat d'origine. Certes, on pourrait estimer que toutes les réglementations impliquant une double charge défavorisent nécessairement en pratique les produits importés¹¹⁶⁹. On ne peut toutefois parvenir à cette conclusion que si deux conditions sont réunies. D'une part, la marchandise importée est soumise à différentes législations étatiques tandis que la marchandise nationale n'est soumise qu'aux exigences de l'Etat de production¹¹⁷⁰. Autrement dit, la marchandise nationale, contrairement à la marchandise importée, ne circule pas ou du moins n'a pas à satisfaire à des exigences supplémentaires pour circuler. D'autre part, la marchandise importée doit subir une modification préalablement à sa commercialisation tandis que la marchandise nationale peut être vendue telle qu'elle a été produite. Dans de nombreuses hypothèses, peut-être la majorité, ces deux conditions seront réunies. Cependant, on peut imaginer bien des situations dans lesquelles ces postulats ne seraient pas vérifiés. Par exemple, un Etat qui modifie sa législation pour renforcer des exigences sanitaires peut, certes, imposer à un importateur d'adapter sa production, mais il l'impose également aux producteurs nationaux. Toute nouvelle réglementation étatique, dès lors qu'elle va dans le sens d'un durcissement des règles, conduit nécessairement les opérateurs nationaux à s'y adapter¹¹⁷¹. Si l'on se fonde sur le critère de la discrimination pour démontrer une entrave, il n'y a pas d'entrave dans cette hypothèse. Aussi, il conviendrait d'admettre qu'une mesure est soustraite à l'interdiction de l'article 34 TFUE dès lors qu'elle pèse en pratique aussi lourdement sur les produits nationaux¹¹⁷². Or, à notre connaissance, aucune réglementation n'a, dans la jurisprudence de la Cour de justice, échappé à la qualification d'entrave, au motif que l'Etat aurait démontré

¹¹⁶⁹ V. en ce sens S. WEATHERILL, "After *Keck*...", préc., pp. 894-895.

¹¹⁷⁰ Pour les défenseurs de la théorie de la discrimination, la comparaison ne doit en réalité pas se faire entre le produit national et le produit importé mais entre le produit circulant et le produit sédentaire (v. S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire*..., op. cit., pp. 208-214 et 218-233). Sous cet angle, la première condition est toujours remplie.

¹¹⁷¹ Pour le professeur DAVIES, si le produit national doit également être adapté, son adaptation n'est pas comparable à celle du produit importé, toujours soumis à la réglementation de son Etat d'origine. Aussi y aurait-il discrimination, même dans cette hypothèse (G. DAVIES, *Nationality Discrimination*..., op. cit., p. 66). A notre sens, ceci n'est vrai que si le produit national ne circule pas lui-même et que le producteur étranger, plutôt que de s'aligner sur la réglementation la plus rigoureuse, prévoit une production différenciée pour chaque marché étatique. Autrement dit, on ne peut estimer que, sans exception, toutes les réglementations relatives aux caractéristiques du produit sont, lorsqu'elles sont appliquées aux produits importés, discriminatoires. Il conviendrait d'opérer une analyse au cas par cas, à laquelle la Cour ne procède pourtant pas.

¹¹⁷² Ceci impliquerait de délicates questions de preuve et rendrait le résultat du contrôle, basé dès lors sur une approche empirique, très incertain (v. en ce sens, P. OLIVER, *Free Movement of Goods*..., op. cit., p. 115).

que les marchandises nationales ont également du être modifiées¹¹⁷³. C'est d'ailleurs pourquoi le professeur MATTERA estime qu'une telle analyse « *est dépourvue de fondement et contraire à la réalité des faits* »¹¹⁷⁴.

Dans le même ordre d'idées, une approche fondée sur la discrimination suppose d'établir au préalable la comparabilité des situations¹¹⁷⁵. Pourtant, la jurisprudence de la Cour en matière de mesures indistinctement applicables ne fait pas apparaître un tel examen¹¹⁷⁶ : en pratique, les juges communautaires ne s'intéressent pas au sort des produits nationaux et, en conséquence, ne mettent pas en œuvre l'analyse propre aux discriminations¹¹⁷⁷. Comme le souligne à cet égard le professeur HERNU, « *l'identification d'un contrôle de la comparaison des effets de la mesure est déterminante. Dès lors que ce contrôle n'apparaît pas, il ne s'agit pas d'un contrôle de la discrimination* »¹¹⁷⁸. Par ailleurs, la qualification de discrimination

¹¹⁷³ Seul un arrêt nous semble dénoter une certaine ambiguïté à cet égard. Dans sa décision « *machines à travailler le bois* », la Cour a considéré que la réglementation française qui imposait un certain nombre d'exigences en matière de sécurité des machines et prévoyait une procédure d'homologation n'était pas contraire aux dispositions du traité. Concernant les conditions techniques, elle a classiquement fait application de sa jurisprudence *Cassis de dijon* mais a estimé dans un second temps que les dispositions étaient justifiées. En revanche, concernant la procédure d'homologation, elle a écarté la qualification d'entrave. La Commission faisait valoir plusieurs moyens à cet égard dont les délais et les coûts dissuasifs, selon elle, de la procédure. La Cour a rejeté ces moyens au motif que la Commission n'avait pas démontré qu'ils affectaient davantage les produits importés. Cette position nous paraît surprenante au regard du reste de la jurisprudence. Ceci dit, cet arrêt isolé ne nous semble pas remettre en cause notre conclusion, selon laquelle, l'absence d'effet discriminatoire ne constitue pas en principe un élément d'analyse de la Cour (CJCE, *machines à travailler le bois*, aff. 188/84, préc.).

¹¹⁷⁴ A MATTERA, « De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck »... », préc., pp. 149-150. Pour le professeur PICOD, la Cour « *n'a pas opté pour l'une de ces approches génératrices de complexité* » (F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, op. cit., p. 113).

¹¹⁷⁵ V. par ex. CJCE, 29 juin 1995, *Commission c/ Grèce* (« lait 1^{er} âge »), aff. C-391/92, *Rec.* p. I-1621. Dans cet arrêt, la Cour était appelée à examiner une réglementation hellénique limitant la vente de lait transformé du premier âge aux pharmacies. Observant qu'il s'agissait d'une modalité de vente, la Cour a alors porté le débat sur le caractère discriminatoire de la mesure. Elle constate à cet égard que la mesure ne pouvait affecter « *la commercialisation des produits en provenance d'autres Etats membres d'une manière différente de celle des produits nationaux [...] que s'il apparaissait que le règlement litigieux protège une production nationale similaire aux laits transformés du premier âge en provenance d'autres Etats membres ou se trouvant dans un rapport de concurrence avec des laits de ce type* » (pts 16-18). Dans la mesure où il n'existait aucune production nationale de la sorte, la Cour conclut à la compatibilité de la mesure avec l'article 34 TFUE. Aux termes de cet arrêt, une mesure ne peut être discriminatoire que si elle favorise des produits concurrents. Il convient donc, au préalable, d'identifier ces produits et, en l'absence d'une production concurrente, de conclure à l'absence d'entrave. Or, dans sa jurisprudence relative aux caractéristiques des marchandises, la Cour n'a jamais recherché s'il existait ou non une production nationale concurrente (v. P. OLIVER, *Free Movement of Goods...*, op. cit., p. 115).

¹¹⁷⁶ V. à cet égard, P. OLIVER, *Free movement of goods...*, op. cit., p. 115.

¹¹⁷⁷ En ce sens, v. D. MARTIN, « “Discriminations”, “entraves” et “raisons impérieuses” dans le traité CE... », préc., p. 281. Sur les critères d'analyse de la discrimination, v. titre 1, chapitre 1, section 2, §1 de la présente partie, *supra*.

¹¹⁷⁸ R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, op. cit., p. 406.

implique « l'unicité de l'auteur du traitement »¹¹⁷⁹, autrement dit « qu'une seule et même personne [ait] traité de manière inégale plusieurs personnes »¹¹⁸⁰. Or, l'entrave, dans l'hypothèse qui nous occupe, résulte de la disparité des réglementations, autrement dit, de l'exercice autonome par chaque Etat de son pouvoir réglementaire. En ce sens, l'avocat général DUTHEILLET DE LAMOTHE indiquait, dans ses conclusions sous l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, qu'« il ne faut pas confondre discrimination et diversité des situations nationales »¹¹⁸¹.

Enfin, cette doctrine ne s'attache pas suffisamment, à notre sens, aux justifications du contrôle des mesures nationales, c'est-à-dire aux objectifs poursuivis par l'intégration négative. Or, il nous semble que l'intégration négative poursuit une double finalité¹¹⁸². La première de ces finalités est l'abolition du protectionnisme qui se matérialise par l'interdiction des discriminations directes et des discriminations déguisées¹¹⁸³. La seconde est la libéralisation du commerce interétatique qui implique une certaine uniformisation de l'environnement réglementaire dans l'espace géographique couvert par le marché intérieur. Les mesures indistinctement applicables relatives aux caractéristiques des marchandises peuvent constituer des entraves parce qu'elles défavorisent les produits importés mais, quels que soient leurs effets, elles font obstacle à la libre circulation parce qu'elles fractionnent le marché et ne permettent donc pas l'intégration nécessaire à l'établissement d'un marché intérieur. Tout ramener à la discrimination revient donc à confondre des démarches qui nous semblent pourtant distinctes : d'une part, il est interdit de défavoriser les produits importés ou les ressortissants d'autres Etats membres ; d'autre part, la diversité des réglementations

¹¹⁷⁹ R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, op. cit., p. 300.

¹¹⁸⁰ Conclusions de l'avocat général LAGRANGE sous l'arrêt Cour de Justice de la CECA, 23 avril 1956, *Groupeement des Industries sidérurgiques luxembourgeoises*, aff. jtes 7 et 9/54, Rec. p. 53, spéc. p. 96. Cité par le professeur HERNU dans sa thèse (R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, op. cit., p. 300).

¹¹⁸¹ Conclusions de l'avocat général DUTHEILLET DE LAMOTHE sous l'arrêt CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1137, cité par le professeur HERNU dans sa thèse (R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, op. cit., p. 300). La Cour a elle-même refusé d'assimiler diversité des législations et discriminations. Ainsi a-t-elle jugé à plusieurs reprises que l'article 18 TFUE – qui interdit les discriminations à raison de la nationalité – « vise à éliminer les discriminations selon la nationalité pouvant résulter de la législation ou des pratiques administratives d'un même Etat membre et non les disparités de traitement qui découlent, pour les entreprises des différents Etats membres [...] de la disparité des législations nationales » (v. par ex. CJCE, 25 janvier 1983, *Smit*, aff. 126/82, Rec. p. 73, pt 27 ; CJCE, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267 et 268/91, préc., pt 8).

¹¹⁸² V. à ce propos l'introduction de la présente partie, *supra*.

¹¹⁸³ V. à ce propos, le titre 1 de la présente partie, *supra*.

fragmente le marché intérieur et il convient donc de limiter les disparités législatives à une mesure nécessaire¹¹⁸⁴.

284. La comparaison de la jurisprudence communautaire avec la jurisprudence américaine renforce notre opinion à ce sujet. Contrairement à la Cour de justice, la Cour Suprême n'a, hormis dans le domaine des transports¹¹⁸⁵, sanctionné que dans un seul arrêt une réglementation formellement indistinctement applicable mais imposant une modification des marchandises importées. Dans leur arrêt *Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission* de 1977¹¹⁸⁶, les juges américains ont déclaré inconstitutionnelles des dispositions de la Caroline du Nord interdisant d'utiliser sur les emballages des pommes d'autres classifications que celles établies par le département de l'Agriculture du gouvernement fédéral. L'Etat de Washington avait développé son propre système de dénominations et les dispositions de Caroline du Nord avaient pour effet d'obliger les producteurs de pommes de cet Etat à modifier leurs emballages. Cependant, ce n'est pas cette circonstance en tant que telle qui paraît déterminante dans l'arrêt mais le fait que les producteurs de Caroline du Nord n'avaient, pour leur part, pas eu à procéder à une quelconque adaptation de leurs emballages. La loi n'imposait en effet pas de critères en matière d'appellation mais, dans l'hypothèse où un producteur souhaitait utiliser un système de dénominations, interdisait de recourir à d'autres normes que les normes fédérales. C'est pourquoi, seuls les producteurs d'un Etat ayant développé un processus propre de classifications étaient pénalisés. La Cour relève donc que la loi « *augmente les coûts [...] sur le marché de Caroline du Nord des producteurs de pomme de l'Etat de Washington alors que leurs homologues de Caroline du Nord ne sont pas affectés. [...] les producteurs de Caroline du Nord, contrairement à leurs concurrents de l'Etat de Washington n'ont pas eu à modifier leurs pratiques commerciales pour se conformer à la réglementation. Ils sont demeurés libres de commercialiser leur marchandises sous les dénominations [fédérales] ou sans dénomination comme ils le faisaient antérieurement à la loi* ». Elle en conclut que « *l'augmentation des coûts imposés par la loi tendrait à protéger l'industrie locale de la pomme de la concurrence des producteurs de pomme de l'Etat de*

¹¹⁸⁴ Pour D. MARTIN, « [l']objectif de la libre circulation des marchandises, telle qu'elle est organisée par le traité, n'est pas l'égalité de traitement entre produits nationaux et produits importés » (D. MARTIN, « "Discriminations", "entraves" et "raisons impérieuses" dans le traité CE... », préc., p. 281). A notre sens, il s'agit bien d'un de ses objectifs, mais n'est pas le seul.

¹¹⁸⁵ V. *infra*.

¹¹⁸⁶ *Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333, préc.

Washington »¹¹⁸⁷. L'analyse de la Cour Suprême repose ainsi sur une véritable démonstration de la discrimination. Par contraste, aucun raisonnement de la sorte n'apparaît décisif dans la jurisprudence communautaire. Si la Cour de justice mentionne parfois l'effet discriminatoire d'une législation, il s'agit davantage d'une « *précision ponctuelle* »¹¹⁸⁸ que d'un critère essentiel de qualification de l'entrave. La théorie de la double charge, en matière de libre circulation des marchandises, ne saurait donc s'assimiler à une reconceptualisation de la discrimination.

B. Double charge et libre circulation des services et des personnes

285. La libre prestation de services se confronte à des difficultés analogues à celles de la libre circulation des marchandises. A cet égard, la Commission a relevé, dans le Livre blanc sur la réalisation du marché intérieur, que « *les barrières qui entravent la libre prestation de services [...] s'apparentent en fait aux barrières techniques qui s'opposent à la libre circulation des biens, et il est donc rationnel de les considérer comme relevant d'une seule et même catégorie* »¹¹⁸⁹. Il n'est donc guère étonnant que la Cour de justice ait employé des outils d'analyse proches dans le cadre de ces deux libertés (1).

Concernant la liberté d'établissement et la libre circulation des personnes, les risques de double charge sont plus limités, de telle sorte que seuls certains aspects de ces libertés peuvent être analysés à l'aune de ce concept (2).

La Cour de justice a, par ailleurs, refusé d'étendre une telle analyse à certains types de réglementations, telles que les réglementations fiscales ou sociales (3).

1. Une application large de la théorie de la double charge en matière de libre prestation de services

286. Un principe similaire a émergé en matière de libre prestation de services : dans la mesure où le prestataire doit déjà respecter la réglementation de son Etat d'établissement, sa soumission aux règles de l'Etat d'accueil constitue une double charge qu'il convient de justifier. Aussi « *une personne déjà établie dans un Etat membre et autorisé à y exercer son*

¹¹⁸⁷ P. 351 de l'arrêt.

¹¹⁸⁸ A MATTERA, « L'article 30 du traité de la CEE, la jurisprudence « Cassis de Dijon » et le principe de reconnaissance mutuelle... », préc., p. 21 n. 4.

¹¹⁸⁹ Livre blanc sur la réalisation du marché intérieur, préc., pt. 13.

[activité] ne devrait pas être soumise à des exigences nouvelles et différentes lorsqu'elle exerce la même activité dans un autre Etat membre »¹¹⁹⁰.

287. Cette interprétation n'était pas acquise en raison d'une certaine ambiguïté des termes du traité¹¹⁹¹. L'article 57, al 3 TFUE (ex-article 50, § 3 CE) stipule, en effet, que « *le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants* ». Aussi pouvait-on penser que l'obligation des Etats, en matière de libre prestation de services, se limitait à la mise en œuvre du principe du traitement national¹¹⁹². L'article 61 TFUE dissocie, cependant, la restriction de la discrimination puisqu'il prévoit qu'« *[a]ussi longtemps que les restrictions à la libre prestation des services ne sont pas supprimées, chacun des États membres les applique sans distinction de nationalité ou de résidence à tous les prestataires de services visés à l'article 56, premier alinéa* ». Il apparaît clairement, aux termes de cet article, qu'une mesure peut restreindre la libre prestation de services alors même qu'elle ne serait pas discriminatoire¹¹⁹³. En outre, l'article 56 TFUE, contrairement aux articles 45 et 49 TFUE, ne fait aucune allusion au principe du traitement national ou à son pendant négatif, la discrimination. Dès lors, la Cour, consciente des spécificités de la prestation de services, a pu progressivement s'extraire d'une lecture restrictive du traité en ce domaine.

288. L'interprétation extensive trouve son expression consacrée dans l'arrêt *Gouda* de 1991, dans lequel la Cour affirme que l'article 56 implique « *en premier lieu, [...] l'élimination des discriminations exercées à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il est établi dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être exécutée [et] en second lieu, [...] l'élimination des entraves provenant de l'application de réglementations nationales, qui touchent toute personne établie sur le territoire national, à*

¹¹⁹⁰ L. DANIELE, "Non discriminatory restrictions to the free movement of persons", *ELRev.*, n° 22, 1997, p. 191, *spéc.* p. 196.

¹¹⁹¹ V. à ce propos, C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, *op. cit.*, pp. 206-207 ; MARTIN, « "Discriminations", "entraves" et "raisons impérieuses" dans le traité CE... », *préc.*, pp. 561-562.

¹¹⁹² V. en ce sens, les conclusions de l'avocat général MAYRAS sous l'arrêt *Van Binsbergen* (CJCE, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, *préc.*) et les conclusions de l'avocat général REISCHL sous l'arrêt *Koestler* (CJCE, 24 octobre 1978, *Société générale de banque alsacienne c/ Koestler*, aff. 15/78, *Rec.* p. 1971).

¹¹⁹³ C'est l'analyse opérée par l'avocat général WARNER dans ses conclusions sous l'arrêt *Debauve* (CJCE, 18 mars 1980, *Procureur du Roi c/ Debauve*, aff. 52/79, *Rec.* p. 833, *spéc.* p. 870-872) mais non consacrée par la Cour de justice elle-même dans cette décision (v. *infra*).

*des prestataires établis sur le territoire d'un autre Etat membre, lesquels doivent déjà satisfaire aux prescriptions des législations de cet Etat »*¹¹⁹⁴.

Cette idée n'est cependant pas nouvelle. Elle a pris forme à partir des années 1970 et s'est développée au cours des années 1980. Les prémices d'un dépassement du principe du traitement national apparaissent dans l'arrêt *Van Binsbergen*, dans lequel la Cour a jugé que « *les restrictions dont l'élimination est prévue par les articles [49 et 50] comprennent toutes les exigences, imposées au prestataire en raison notamment de sa nationalité ou de la circonstance qu'il ne possède pas de résidence permanente dans l'Etat où la prestation est fournie, non applicables aux personnes établies sur le territoire national ou de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire »*¹¹⁹⁵. Aussi pouvait-on comprendre, qu'au-delà de l'interdiction des discriminations, les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services s'appliquaient aux mesures simplement restrictives. Toutefois, cette décision concernait une exigence d'établissement dans l'Etat d'accueil et portait donc sur une mesure discriminatoire. Aussi ignorait-on concrètement la portée qu'il convenait de donner à cet arrêt¹¹⁹⁶, d'autant que la jurisprudence ultérieure est parfois revenue à une interprétation plus traditionnelle des articles du traité¹¹⁹⁷. Ainsi, dans l'arrêt *Debauve* de 1980¹¹⁹⁸, la Cour a fait abstraction de la dernière partie de la formule de l'arrêt *Van Binsbergen* et a refusé de condamner l'interdiction non discriminatoire de la transmission de messages publicitaires par

¹¹⁹⁴ CJCE, *Gouda*, aff. C-288/89, préc., pts 11-12.

¹¹⁹⁵ CJCE, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, préc., pt 10.

¹¹⁹⁶ U. EVERLING, « Sur la jurisprudence récente de la Cour de justice... », préc., p. 10 ; MARTIN, « “Discriminations”, “entraves” et “raisons impérieuses” dans le traité CE... », préc., pp. 563-564.

¹¹⁹⁷ V. par ex. CJCE, *Walrave et Koch*, aff. 36/74, préc. ; CJCE, *Koestler*, aff. 15/78, préc.

¹¹⁹⁸ CJCE, *Debauve*, aff. 52/79, préc.

télédistribution¹¹⁹⁹.

La clarification est intervenue en deux temps. Tout d'abord, sans faire référence à la formule élargie employée dans l'arrêt *Van Binsbergen*, la Cour a, dans sa décision *Van Wesemael*, estimé qu'un Etat ne pouvait exiger des prestataires établis dans d'autres Etats de l'Union européenne une licence lorsque ceux-ci disposaient déjà d'une telle licence dans leur Etat d'origine et étaient soumis à une surveillance adéquate¹²⁰⁰. Il apparaît donc, dans cette affaire, qu'un Etat ne saurait se contenter d'une application stricte du principe du traitement national. Ensuite, la Cour a généralisé cette solution d'espèce en jugeant que l'article 57, alinéa 3 TFUE (60, alinéa 3 CEE) n'impliquait « *pas que toute législation applicable aux ressortissants de [l'Etat d'accueil] et visant normalement une activité permanente des entreprises établies dans celui-ci puisse être appliquée intégralement de la même manière à des activités, de caractère temporaire, exercées par des entreprises établies dans d'autres Etats membres* »¹²⁰¹. Si la Cour ne précise pas à cette occasion quel type de réglementation pourrait être appliqué par l'Etat d'accueil, sans avoir à être justifiée, il apparaît rapidement qu'elle qualifie d'entraves à la fois des formalités administratives – en particulier les

¹¹⁹⁹ L'arrêt n'est, toutefois, pas dépourvu de toute ambiguïté. En effet, après avoir rappelé le principe de non discrimination, la Cour indique que « *compte tenu de la nature particulière de certaines prestations de services, telles que l'émission et la transmission de messages télévisés, on ne saurait considérer comme incompatibles avec le traité des exigences spécifiques imposées aux prestataires, qui seraient motivées par l'application de règles régissant certains types d'activité, justifiées par l'intérêt général et incombant à toute personne ou entreprise établie sur le territoire dudit Etat membre, dans la mesure où un prestataire établi dans un autre Etat membre n'y serait pas soumis à des prescriptions similaires* » (pt 12). Quelle est l'utilité d'un tel passage si l'absence de discrimination constitue un critère suffisant pour écarter une violation du traité ? La Cour fait ici référence à la fois à la justification légitime de la mesure et au fait que le prestataire établi dans un autre Etat membre n'est pas soumis à des prescriptions similaires. Quel serait donc le sort de la mesure si, indistinctement applicable, elle n'était cependant pas justifiée par l'intérêt général ou s'appliquait à des prestataires soumis dans leur Etat membre d'origine à des prescriptions similaires (à noter ici que si le prestataire était soumis à une législation analogue, le litige n'aurait pas lieu d'être) ? Il n'est en réalité pas certain, aux termes de cet arrêt, que l'absence de discrimination soit véritablement suffisante pour écarter une violation des dispositions relatives à la libre prestation de services.

¹²⁰⁰ CJCE, *Van Wesemael*, aff. jtes 110 et 111/78, préc.

¹²⁰¹ CJCE, *Webb*, aff. 279/80, préc., pt 16.

procédures d'autorisation¹²⁰² –, des exigences matérielles – telles que la possession d'un diplôme¹²⁰³ – ainsi que les interdictions de se livrer à certaines activités pourtant permises dans d'autres Etats¹²⁰⁴.

289. Comme en matière de marchandises, il peut être allégué que cette jurisprudence ne constitue qu'un dépassement apparent du principe de non discrimination¹²⁰⁵. Nous avons exclu cette analyse en matière de marchandises¹²⁰⁶, mais la question nous semble plus délicate à trancher en matière de libre prestation de services car le prestataire de services ne se trouve pas dans une situation analogue à celle de l'entreprise établie sur le territoire de l'Etat membre d'accueil. Aussi, lui imposer de respecter l'intégralité de la réglementation de cet Etat peut il être perçu comme une discrimination matérielle¹²⁰⁷. Il convient cependant de relever que, à l'instar de ce qu'elle a fait en matière de marchandises, la Cour a abandonné toute référence à la discrimination et qu'un certain nombre d'entraves identifiées par la juridiction résulte non de la réglementation litigieuse même mais de sa coexistence avec les législations des autres Etats membres. En outre, certaines mesures, pourtant jugées restrictives, ne peuvent être

¹²⁰² V. par ex. CJCE, *Webb*, aff. 279/80, préc. (exigence d'une autorisation préalable pour la mise à disposition de main d'oeuvre) ; CJCE, *Assurance*, aff. 205/84, préc. (obligation d'avoir un établissement stable sur le territoire de l'Etat destinataire et d'obtenir un agrément) ; CJCE, *Säger*, aff. C-76/90, préc. (obligation d'obtenir une autorisation préalable pour offrir des services dans le domaine du renouvellement de brevet, l'activité étant réservée en Allemagne aux conseils en brevet) ; CJCE, 9 août 1994, *Vander Elst c/ Office des migrations internationales*, aff. C-43/93, *Rec.* p. I-3803 ; CJCE, 21 septembre 2006, *Commission c/ Autriche*, aff. C-168/04, *Rec.* p. 9041 (obligations pour les entreprises prestataires de services, d'obtenir, entre autres, une autorisation de travail pour leurs salariés ressortissants d'Etats tiers) ; CJCE, 9 juillet 1997, *Parodi*, aff. C-222/95, *Rec.* p. I-3899 (obligation pour les établissements de crédit d'obtenir un agrément pour pouvoir accorder des prêts hypothécaires aux personnes résidant en France) ; CJCE, 7 octobre 2004, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-189/03, *Rec.* p. I-9289 et CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc. (autorisation préalable pour les prestations de services effectuées par les entreprises de sécurité privée).

¹²⁰³ V. *infra*.

¹²⁰⁴ V. par ex. CJCE, *Säger*, aff. C-76/90, préc. ; CJCE, *Gouda*, aff. C-288/89, préc., et CJCE, 25 juillet 1991, *Commission c/ Pays Bas*, aff. C-353/89, *Rec.* p. I-4069 (interdiction de transmettre des programmes télévisés émis par un organisme étranger contenant des messages publicitaires si les messages ne sont pas produits par une personne morale distincte, sont diffusés le dimanche ou dépassent 5% du temps d'antenne utilisé) ; (CJCE, *Schindler*, aff. C-275/92, préc. (interdiction de promouvoir les loteries et de vendre des billets) ; CJCE, 12 décembre 1996, *Reisbüro Broede*, aff. C-3/95, *Rec.* p. I-6511 (interdiction pour les entreprises de recouvrement de procéder elles-mêmes au recouvrement judiciaires de créances sans l'intervention d'un avocat) ; CJCE, *De Agostini*, aff. jtes C-34 à 36/95, préc. (interdiction de la publicité télévisée contraire à la morale des affaires, présentant un caractère déloyal envers les consommateurs ou visant à capter l'attention enfants de moins de 12 ans).

¹²⁰⁵ V. en ce sens, MARTIN, « “Discriminations”, “entraves” et “raisons impérieuses” dans le traité CE... », préc., pp. 566-568.

¹²⁰⁶ V. A, 2 du présent paragraphe, *supra*.

¹²⁰⁷ C'est-à-dire comme le traitement similaire de situations différentes (v. à ce propos, titre 1, chapitre 1, section 2, §1 de la présente partie, *supra*). Dans certaines hypothèses, l'effet discriminatoire de la mesure est patent (v. par ex. CJCE, 3 février 1982, *Seco*, aff. jtes 62 et 63/81, *Rec.* p. 223).

qualifiées de discriminatoires, telles les interdictions d'exercer une activité lorsqu'elles sont opposables à toute personne, établie ou simple prestataire. C'est pourquoi, la pratique communautaire se détache ici aussi de la jurisprudence américaine, orientée vers la détection du protectionnisme et généralement indifférente aux entraves découlant des disparités réglementaires¹²⁰⁸.

290. On note, cependant, qu'au-delà des similitudes apparentes entre la jurisprudence relative à la libre circulation des marchandises et celle relative à la libre prestation de services – certaines exigences ne devraient relever que de la compétence du seul Etat d'origine¹²⁰⁹ et l'Etat d'accueil doit prendre en compte les obligations imposées par l'Etat d'origine¹²¹⁰ – les solutions visant à résoudre les problèmes de double charge ne sont pas tout à fait similaires. Les principes développés dans le domaine de la libre prestation de services demeurent en deçà du principe du pays d'origine consacré par la Cour dans le domaine de la libre circulation des marchandises. La Cour a admis un grand nombre d'exceptions à cette règle¹²¹¹ et sa mise en œuvre a souvent nécessité l'adoption d'actes de droit dérivé. Les institutions communautaires ont, à cet égard, adopté un certain nombre de textes précisant les situations réglementées par la seule loi du pays d'origine et les situations soumises également à la loi du pays d'accueil¹²¹². De manière générale, elles ont renoncé à imposer le principe de la loi du pays

¹²⁰⁸ V. §2 de la présente section, *infra*.

¹²⁰⁹ V. par ex. CJCE, 28 mars 1996, *Guiot*, aff. C-272/94, *Rec.* p. I-1905 (constitue une restriction à la libre prestation de services une mesure exigeant le versement de cotisations patronales alors que l'entreprise est déjà redevable de cotisations comparables dans son Etat d'établissement) et CJCE, 8 mai 2003, *ATRAL*, aff. C-14/02, *Rec.* p. I-4431 (constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation une disposition imposant aux produits importés légalement fabriqués et commercialisés dans un autre Etat membre les mêmes contrôles que des produits mis pour la première fois sur le marché).

¹²¹⁰ V. par ex. CJCE, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-189/03, *préc.*, pt 33 (« en adoptant [...] des dispositions qui exigent, sans tenir compte des obligations auxquelles le prestataire de services étranger est déjà soumis dans l'Etat membre d'établissement, que les entreprises désireuses de fournir des services sur le territoire néerlandais [...] soient titulaires d'une autorisation [...], le royaume des Pays-Bas a manqué aux obligations qui lui incombent ») et CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Portugal*, aff. C-432/03, *Rec.* p. I-9665 (« en ne tenant pas compte des certificats d'homologation délivrés par d'autres Etats membres lors d'une procédure d'homologation [...] la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles [34 et 36 TFUE] »).

¹²¹¹ V. en ce sens C. BARNARD and S. DEAKIN, "Market access and Regulatory Competition", *op. cit.*, p. 214.

¹²¹² V. par ex. la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (JO L 126, p. 1). Cette directive prévoit que les établissements de crédit ayant reçu un agrément dans leur Etat d'origine et qui satisfont aux exigences harmonisées peuvent exercer les activités de crédit agréées dans n'importe quel Etat membre par le biais de succursales ou par voie de prestation de services selon un système de reconnaissance mutuelle des agréments.

d'origine en matière de libre prestation de services¹²¹³ et il convient donc de se référer aux textes sectoriels pour identifier la répartition des compétences entre l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil¹²¹⁴. Si les Etats sont donc obligés d'accepter sur leur territoire les marchandises légalement fabriquées ou commercialisées dans n'importe quel Etat de l'Union européenne, en vertu d'une équivalence présumée¹²¹⁵, tel n'est pas le cas en matière de libre prestation de services où les principes ont une portée plus limitée.

2. Une application plus limitée de la théorie de la double charge en matière de liberté d'établissement et de libre circulation des personnes

291. Le principe de reconnaissance mutuelle vise, comme on l'a vu, à éviter les phénomènes de double charge en attribuant à l'Etat d'origine la compétence pour réglementer les conditions auxquelles doit répondre un produit ou les conditions d'accès à une activité de services. Aussi a-t-il moins vocation à s'appliquer lorsqu'une personne s'établit dans un Etat membre, la législation de l'Etat d'origine cessant de s'appliquer¹²¹⁶. En conséquence, dans ces hypothèses, la réglementation de l'Etat d'accueil devrait s'appliquer intégralement.

¹²¹³ La Commission avait suggéré d'entériner le principe du pays d'origine dans sa proposition de directive relatives aux services dans le marché intérieur (13 janvier 2004, COM(2004) 2 final). A la suite de la levée de boucliers qu'elle a provoquée (v. not. L. IDOT, « Le marché européen des services : directive « Bolkenstein » ou « Frankenstein » ? Le mythe de la loi d'origine », *Europe*, mars 2005, p. 3), cette proposition a été abandonnée dans la directive « services » (v. directive 2006/123/CE, préc.). A propos du principe du pays d'origine en matière de services, v. M. WILDERSPIN, « Que reste-t-il du principe du pays d'origine ? Le regard des internationalistes », *Europe*, n° 6, 2007, p. 26. V. toutefois l'article 16, §2 de la directive « services » qui énumère les exigences que l'Etat d'accueil ne peut imposer à un prestataire de services (directive 2006/123, préc.).

¹²¹⁴ V. par ex. la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (JO L 18 p. 1). Ce texte précise les règles que l'Etat d'accueil peut imposer à une entreprise prestataire de service détachant des travailleurs sur son territoire. Il n'a toutefois pas mis fin à tout contentieux, d'autant qu'il ne s'applique pas au détachement de travailleurs d'Etats tiers (v. par ex. CJCE, 21 octobre 2004, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-445/03, *Rec.* p. I-10191). A ce propos, v. L. DRIGUEZ, « Le détachement de travailleurs après la directive sur les services », *Europe*, n° 6, 2007, p. 34.

¹²¹⁵ Dans le livre blanc de 1985, la Commission estime que « [l']acheteur n'a pas à prouver l'équivalence d'un produit fabriqué conforme aux règles en vigueur dans l'Etat d'exportation » (Livre Blanc sur la réalisation du marché intérieur, préc., pt 77).

¹²¹⁶ De manière anecdotique, certaines réglementations ont été qualifiées d'entrave en raison des adaptations qu'elles imposaient à des entreprises établies dans plusieurs Etats. Tel a été le cas de la législation autrichienne relative au nom commercial qui empêchait une entreprise d'utiliser le nom de sa société mère établie en Allemagne au motif qu'une entreprise autrichienne était déjà titulaire de cette dénomination (CJCE, 11 mai 1999, *Pfeiffer*, aff. C-255/97, *Rec.* p. I-2835). Pour la Cour, la mesure restreint le droit d'établissement « *puisque'elle peut [...] contraindre [les entreprises ayant leur siège dans un autre Etat membre] à aménager de façon différente la présentation de leurs exploitation en fonction du lieu d'établissement* » (pt 20). Elle conclut néanmoins que le risque de confusion justifie la réglementation.

292. Toutefois, il est des situations où les personnes faisant usage de leur droit à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des travailleurs subissent une « double charge ».

Tel est le cas, notamment, en matière de qualifications, lorsque ces personnes bénéficient déjà des qualifications requises pour exercer leurs activités dans leur Etat membre d'origine¹²¹⁷.

Dans cette hypothèse, imposer la possession des diplômes ou titres nationaux constitue une entrave que l'Etat doit justifier. Ainsi, dans l'arrêt *Thieffry* de 1977, la Cour de justice a jugé qu'« *il y aurait restriction injustifiée de [la] liberté [d'établissement] dans le cas où l'accès à une profession donnée serait refusée, dans un Etat membre, à une personne relevant du champ d'application du traité [...] en raison du seul fait que l'intéressé ne serait pas en possession du diplôme national correspondant au diplôme dont il est titulaire et qui a été reconnu comme équivalent* »¹²¹⁸. De nombreuses professions étant réglementées par les Etats, la Cour a été fréquemment saisie de litiges en ce domaine. Il ressort de sa jurisprudence qu'un Etat ne peut interdire l'accès à une profession qu'après avoir établi que les qualifications dont dispose le ressortissant communautaire ne sont pas équivalentes aux qualifications nationales¹²¹⁹. Associées aux directives d'harmonisation adoptées en ce domaine sur le fondement de l'article 53 TFUE¹²²⁰, cette jurisprudence impose aux Etats la reconnaissance

¹²¹⁷ V. par ex. CJCE, *Choquet*, aff. 16/78, préc., pt 8.

¹²¹⁸ CJCE, *Thieffry*, aff. 71/76, préc., pt 20.

¹²¹⁹ V. par ex. CJCE, *Choquet*, aff. 16/78, préc. (qualification d'entrave « *de l'exigence d'une épreuve faisant manifestement double emploi avec une épreuve subie dans un autre Etat membre* » (pt 8)) ; CJCE, *Heylens*, aff. 222/86, préc. (obligation d'un examen objectif des connaissances et qualifications obtenues dans l'Etat d'origine, obligation de motiver la décision et de prévoir des voies de recours) ; CJCE, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, préc. (obligation de comparaison des qualifications et expériences acquises dans un autre Etat membre) ; CJCE, *Burbaud*, aff. C-285/01, préc. (obligation de prendre en compte la spécificité des qualifications déjà acquises dans un autre Etat membre en cas de recrutement par voie de concours). Cette obligation d'examiner l'équivalence n'équivaut toutefois pas à l'obligation d'accepter tout diplôme permettant dans un Etat membre d'exercer une activité déterminée (v. CJCE, *Bouchoucha*, aff. C-61/89, préc., à propos de la réglementation française exigeant un diplôme de médecine pour exercer l'activité d'ostéopathe alors qu'en Angleterre un simple diplôme d'ostéopathe suffisait).

mutuelle des formations et expériences acquises dans la l'Union européenne. Si ce principe vaut tant pour la libre prestation de services, que pour la liberté d'établissement ou la libre circulation des travailleurs, il n'a, en revanche, pas tout à fait la même portée selon la liberté dont l'opérateur économique a fait usage. En matière de libre prestation de services, un Etat ne saurait en effet exiger une équivalence stricte puisque la directive 2005/36/CE prévoit qu'un prestataire peut exercer son activité dans un Etat autre que son Etat d'établissement sans avoir à demander la reconnaissance de ses qualifications, sous réserve d'une expérience professionnelle de deux ans si la profession n'est pas réglementée dans son Etat d'origine¹²²¹. La directive « services » témoigne également que le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas totalement exclu en matière d'établissement, mais que sa portée est moindre qu'en matière de libre prestations de services. Ainsi, les Etats peuvent prévoir, sous certaines conditions, une autorisation pour l'exercice d'une activité de manière permanente sur leurs territoires¹²²², alors qu'une telle autorisation est en principe interdite en matière de libre prestations de services, l'autorisation obtenue dans le pays d'origine valant, sauf dérogation, pour l'ensemble du territoire communautaire¹²²³. Toutefois, l'article 9, §3 de la directive prévoit que « [l]es conditions d'octroi de l'autorisation pour un nouvel établissement ne doivent pas faire double emploi avec les exigences et les contrôles équivalents ou essentiellement comparables en raison de leur finalité, auxquels est déjà soumis le prestataire dans un autre Etat membre [...] ». De même, selon l'article 23, §2 de la directive, « [l]orsqu'un prestataire s'établit sur leur territoire, les Etats membres n'exigent pas une

¹²²⁰ V. la directive 89/48/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JO L 19, p. 16) ; la directive 92/51/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive 89/48/CEE (JO L 209, p. 25) et la directive 1999/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 juin 1999, instituant un mécanisme de reconnaissance des diplômes pour les activités professionnelles couvertes par les directives de libéralisation et portant mesures transitoires, et complétant le système général de reconnaissance des diplômes (JO L 201, p. 77). Les institutions ont procédé à une harmonisation de la durée minimale des études et du contenu des enseignements pour quelques professions seulement. V. par ex. la directive 85/384/CEE du Conseil du 10 juin 1985 visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres du domaine de l'architecture et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestations de services (JO L 223 p. 15) et la directive 93/16/CEE du Conseil du 5 avril 1993, visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres (JO L 165, p. 1).

¹²²¹ V. article 5 de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO L 255/22, p. 22). Cette directive est en cours de renégociation (v. COM(2011) 883).

¹²²² V. article 9 de la directive 2006/123, préc.

¹²²³ V. article 16 de la directive, préc.

assurance responsabilité professionnelle ou une garantie si le prestataire est déjà couvert, dans un autre Etat membre dans lequel il est déjà établi, par une garantie équivalente ou essentiellement comparable [...] ». En conséquence, même lorsque le prestataire s'établit, les Etats membres d'accueil doivent tenir compte des exigences déjà remplies dans l'Etat d'origine.

3. Une approche exclue dans certains domaines

293. La théorie de la double charge n'a vocation à s'appliquer ni en matière fiscale, ni en matière de législations sociales¹²²⁴. Dans ces deux hypothèses, la Cour a jugé que le droit communautaire « *ne saurait garantir à [un ressortissant communautaire] qu'un déplacement dans un autre Etat membre soit neutre [...]. [C]ompte tenu des disparités existant entre les régimes et les législations des Etats membres en la matière, un tel déplacement peut, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour la personne concernée* »¹²²⁵. Aussi, « *en interdisant à chaque Etat membre d'appliquer [...] son droit différemment en raison de la nationalité, les articles [18, 45, 49 et 56] ne visent pas les éventuelles disparités de traitement qui peuvent résulter, d'un Etat membre à l'autre, des divergences entre les législations des différents Etats membres du moment que celles-ci affectent toute personne tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité* »¹²²⁶. En la matière, c'est donc le principe classique de non-discrimination qui s'applique, la Cour veillant néanmoins à un respect strict de cette exigence¹²²⁷.

294. Si le critère de la double charge ne permet donc pas d'expliquer l'intégralité des entraves identifiées par la Cour de justice, il a, cependant vocation à s'appliquer dans un grand nombre d'hypothèses. Une telle conception de l'entrave n'a, en revanche, pas réellement prospéré dans la jurisprudence américaine.

¹²²⁴ V. not. à ce propos, A. ILIOPOULOU, « Entrave et citoyenneté de l'Union », *op. cit.*, p. 208.

¹²²⁵ CJCE, 16 juillet 2009, *Von Chamier-Glisczinski*, aff. C-208/07, *Rec.* p. I-6095, pt 85 (en matière d'assistance sociale). En matière fiscale, v., dans un sens analogue, CJCE, *Schempp*, aff. C-403/03, *préc.*

¹²²⁶ Voir en ce sens CJCE, 28 juin 1978, *Kenny*, aff. 1/78, *Rec.* p. 1489.

¹²²⁷ La Cour interdit ainsi toute mesure directement discriminatoire, mais également susceptible de défavoriser, d'une manière ou d'une autre les non résidents (v. par ex. CJCE, 10 septembre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-269/07, *Rec.* p. I-7811 : l'interdiction faite aux titulaires d'une prime d'épargne-pension d'utiliser le capital subventionné pour l'acquisition ou la construction d'un logement dès lors que ce logement n'est pas situé sur le territoire de l'Etat membre d'emploi est contraire à l'article 45 TFUE et à l'article 7, §2, du règlement n° 1612/68).

§2. Une application limitée aux Etats-Unis

295. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême a généralement considéré qu'il revenait au législateur fédéral d'éliminer les entraves au commerce interétatique résultant des disparités législatives. Aussi, a-t-elle, le plus souvent, refusé d'apprécier les choix réglementaires des Etats en l'absence de discrimination directe ou indirecte. Par exception, cependant, elle a invalidé certaines réglementations indistinctement applicables relatives au transport lorsqu'elles avaient pour effet d'empêcher un transporteur d'emprunter les voies de circulation d'un Etat. En ce domaine, est donc apparue une analyse similaire, mais non identique¹²²⁸, à celle employée par la Cour de justice de l'Union européenne. L'entrave résulte ici, non pas de la réglementation elle-même, mais de sa coexistence avec les réglementations différentes des autres Etats. C'est donc l'effet cumulatif de mesures disparates qui fait obstacle à la libre circulation des transporteurs (A). Cette conception particulière de l'entrave dans le domaine des transports s'explique sans doute par les spécificités de la matière. Dans les autres domaines, des considérations liées aux divergences entre les législations étatiques ne sont pas totalement absentes de l'analyse de la Cour, mais elles n'ont jamais permis, en elles-mêmes, l'invalidation d'une mesure étatique (B).

A. Le cas particulier des transports

296. Dans le domaine des transports, la Cour Suprême a déclaré, à quelques reprises, inconstitutionnelles des mesures indistinctement applicables. Toutefois, la jurisprudence ne semble pas totalement stabilisée en la matière (1).

Le raisonnement employé par les juges de Washington se rapproche, dans une certaine mesure, de celui employé par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de marchandises (2).

1. Une évolution jurisprudentielle sinueuse

297. La réglementation des transports relève, aux termes de la jurisprudence de la Cour

¹²²⁸ Les conséquences ne sont pas tout à fait les mêmes puisque la théorie de la double charge conduit, dans l'UE, à attribuer la compétence réglementaire à l'Etat d'origine. Aux Etats-Unis, aucune conclusion de la sorte n'a été tirée par la Cour Suprême.

Suprême, d'une compétence partagée entre les Etats fédérés et la fédération. La Cour a, tout d'abord consacré la compétence du Congrès en la matière, en relevant que le pouvoir de réglementer le commerce interétatique couvrait le domaine des transports¹²²⁹. Elle n'a pas, pour autant, exclu totalement la compétence des Etats, ceux-ci conservant le pouvoir de réglementer les aspects locaux du commerce et, en conséquence, le transport à l'intérieur de leurs frontières¹²³⁰. En pratique, l'Etat fédéral a réglementé certains aspects du transport, laissant les Etats fédérés libres de légiférer dans les domaines non couverts par la législation fédérale¹²³¹. Les autorités locales, pour des raisons tenant généralement à la sécurité, ont largement recouru à cette compétence. A cette fin, elles ont notamment établi des critères relatifs à la configuration des moyens de transport – taille, poids, etc. – que devaient respecter les transporteurs pour pouvoir circuler sur les différentes voies étatiques¹²³². Or, les divergences législatives concernant ces critères ont pu poser des difficultés aux transporteurs, obligés de modifier leurs moyens de transport pour pouvoir circuler dans un Etat ou de contourner celui-ci.

298. C'est pourquoi, les juridictions ont été saisies, à de nombreuses reprises, de telles réglementations¹²³³, entre autres sur le fondement de la *dormant commerce clause*¹²³⁴. A cet égard, la Cour Suprême a, dans un premier temps, jugé que les mesures indistinctement applicables n'enfreignaient pas les prescriptions constitutionnelles. Saisi en 1938 d'une réglementation de Caroline du Sud qui interdisait la circulation sur ses autoroutes de camions dépassant une certaine taille et un certain poids, les juges de Washington ont d'abord rappelé qu'une telle réglementation relevait de la compétence des Etats d'assurer la sécurité sur leurs voies de circulation¹²³⁵. Puis, ils ont affirmé que « *tant que l'action étatique* [n'était]

¹²²⁹ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, préc. ; *Kidd v. Pearson*, 128 U.S. 1, 20 (1888).

¹²³⁰ *Cooley*, 53 U.S. 299, préc.

¹²³¹ Sur l'évolution du droit fédéral en ce domaine, v. H. A. LINDE, "Transportation and State Laws Under the United States Constitution: The Evolution of Judicial Doctrine", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets, Perspectives from the United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford 1982, vol. I, p. 139 ; P. S. DEMPSEY, "Transportation : a Legal History", *Transportation Law Journal*, vol. 30, 2003, p. 235.

¹²³² Il convient à cet égard de distinguer les différents types de transport : alors que le transport routier est avant tout réglementé par les Etats, le transport par train a, en revanche, fait davantage l'objet de mesures fédérales (v. *Barnwell Bros.*, 303 U.S., préc., p. 187 ; L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., pp. 1069-1070).

¹²³³ V. not. les dizaines d'arrêts cités par la Cour Suprême à l'appui de son argumentation dans l'affaire *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., préc., pp. 779 et s.

¹²³⁴ Le 14ème amendement a également été invoqué mais peu discuté par la Cour Suprême (v. not. *Barnwell Bros., Inc.*, 303 U.S. 177, préc.).

¹²³⁵ *Barnwell Bros.*, 303 U.S., préc., p. 187.

pas discriminatoire, l'entrave [était] autorisée par la Constitution »¹²³⁶. En l'espèce, l'obstacle à la circulation était bien établi puisque, selon la *District Court* saisie en 1^{er} ressort, 85 à 90% des camions utilisés pour le transport interétatique dépassaient, en taille, la limite requise en Caroline du Sud. En outre, l'Etat avait fixé une norme inférieure à toutes celles établies par les autres Etats de l'Union, démontrant, selon la *District Court*, son caractère « déraisonnable »¹²³⁷. La Cour Suprême insiste, toutefois, longuement sur le fait qu'il ne revient pas aux juridictions d'apprécier la sagesse ainsi que le caractère raisonnable et approprié d'une réglementation, mais au législateur¹²³⁸. Réduisant son examen à un contrôle de « la base rationnelle »¹²³⁹, la Cour constate, en l'espèce, que le législateur étatique a pu raisonnablement estimer que les moyens employés permettaient d'atteindre les finalités recherchées.

299. La Cour, tout en continuant d'affirmer la large compétence dont disposent les Etats en matière de sécurité, a progressivement renversé cette jurisprudence.

En 1945, elle a déclaré inconstitutionnelle une loi de l'Arizona limitant la taille des wagons circulant sur ses voies ferrées¹²⁴⁰. Ignorant les considérations développées dans l'arrêt *Barnwell* sur la validité des mesures non discriminatoires et sur les rôles respectifs du juge et du législateur¹²⁴¹, l'opinion majoritaire a constaté, dans cette affaire, que la réglementation entravait lourdement la circulation des trains – en augmentant les coûts des compagnies de chemin de fer et en retardant le trafic¹²⁴² – et que l'obstacle n'était pas compensé par des avantages en termes de sécurité¹²⁴³. C'est donc sur la base d'un contrôle approfondi de proportionnalité de la mesure que la Cour s'est prononcée¹²⁴⁴. Elle a relevé, à cet égard, que

¹²³⁶ *Barnwell Bros.*, 303 U.S., préc., p. 189.

¹²³⁷ *Barnwell Bros.*, 303 U.S., préc., pp. 182-184.

¹²³⁸ *Barnwell Bros.*, 303 U.S., préc., p. 190: « [...] c'est une fonction législative, non judiciaire », « une juridiction n'est pas appelée, contrairement aux législateurs [...], à déterminer, ce qui est [...] la restriction la plus appropriée [...] » ; p. 191 : « les juridictions ne sont pas les plus à même [...] de substituer leur jugement à celui du législateur ». A propos de cet argument, v. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, §2, B, 2, *infra*.

¹²³⁹ *Barnwell Bros.*, 303 U.S., préc., pp. 190-192.

¹²⁴⁰ *Southern Pacific Railway*, 325 U.S. 761, préc.

¹²⁴¹ V. *supra*. Ces considérations sont en revanche largement rappelées par le juge BLACK dans son opinion dissidente (v. *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., préc., pp. 788 et s.).

¹²⁴² *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., préc., p. 771.

¹²⁴³ *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., préc., pp. 775 et s.

¹²⁴⁴ *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., préc., p. 781.

l'Arizona était un des seuls Etats à limiter la longueur des trains¹²⁴⁵ et que la réglementation avait pour effet d'imposer au transporteur de s'arrêter aux frontières étatiques pour changer de wagons ou de se conformer à ses prescriptions pour l'ensemble du territoire américain¹²⁴⁶. Sans se fonder explicitement sur la doctrine de l'extra-territorialité¹²⁴⁷, la Cour a donc reproché à l'Etat d'imposer ses normes au-delà de ses frontières.

300. La portée de l'arrêt était cependant incertaine. Loin d'opérer un revirement de jurisprudence, le juge Stone a en effet distingué cette affaire de l'arrêt *Barnwell*, en ce qu'elle concernait un domaine d'envergure nationale – le transport ferré – et nécessitait donc une réglementation uniforme¹²⁴⁸, alors que le transport routier relevait essentiellement de la compétence des Etats¹²⁴⁹.

Cette distinction entre les deux types de transport disparaît, cependant, en 1959, dans l'arrêt *Bibb v. Navajo Freightlines, Inc.*¹²⁵⁰. Dans cette affaire, la Cour Suprême, dans une opinion unanime, a déclaré contraire à la clause de commerce une réglementation de l'Illinois qui imposait aux camions de se munir de garde-boue spécifiques. Elle a, toutefois, pris soin de limiter la décision au fond au cas d'espèce. La mesure avait, en effet, pour particularité d'exiger un équipement différent de celui prescrit par tous les autres Etats et même interdit dans certains d'entre eux¹²⁵¹. Elle impliquait donc une adaptation systématique des camions lors de leur entrée sur le territoire étatique. Distinguant la mesure de celles qui avaient pu être appréciées jusqu'alors, et notamment de celle en cause dans l'affaire *Barnwell*, la Cour constate qu'il s'agit « d'un de ces cas – peu nombreux – où une mesure de sécurité non

¹²⁴⁵ *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., préc., pp. 771 et s.

¹²⁴⁶ *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., préc., p. 773. Cette constatation n'est pas sans rappeler certaines considérations du juge communautaire (v. par ex. CJCE, *Gouda*, aff. C-288/89, préc. Dans cet arrêt, la Cour constate que l'accès au marché néerlandais des organismes de radiodiffusion étrangers impose à ces derniers de s'aligner sur le modèle néerlandais et qualifie la réglementation litigieuse d'entrave non justifiée).

¹²⁴⁷ V. titre 1, chapitre 1, section 2, § 2, B, 2 de la présente partie, *supra*.

¹²⁴⁸ *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., préc., p. 775.

¹²⁴⁹ Ce sont les Etats qui, la plupart du temps, ont construit les autoroutes et assurent l'entretien de celles-ci. Par contraste, les lignes de chemins de fer appartiennent traditionnellement à des entreprises privées. Par ailleurs, il a longtemps été considéré que le transport ferroviaire servait davantage au commerce interétatique que le transport routier (à ce propos, v. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., pp. 1069 et s.).

¹²⁵⁰ *Navajo Freightlines*, 359 U.S. 520, préc.

¹²⁵¹ Certains auteurs se sont interrogés sur l'imputabilité de la restriction puisque celle-ci découle non de la réglementation de l'Illinois mais de sa coexistence avec les réglementations des autres Etats (v.L. HEINZERLING, "The Commercial Constitution", préc., p. 248, n. 158).

discriminatoire constitue un obstacle inconstitutionnel au commerce interétatique »¹²⁵². Les juges soulignent donc le caractère exceptionnel de la loi pour justifier son invalidation¹²⁵³. En pratique, toutefois, cet arrêt a ouvert un peu plus la voie à un contrôle de la nécessité des mesures indistinctement applicables en matière de transport. Désormais, les Etats ne peuvent plus se prévaloir de l'immunité dont semblait bénéficier le transport routier.

301. Cette ouverture s'est confirmée en 1978 lorsque la Cour a, dans l'arrêt *Raymond Motor*¹²⁵⁴, déclaré inconstitutionnelle une loi du Wisconsin interdisant aux camions dépassant une certaine longueur ainsi qu'à certaines catégories de camions d'emprunter ses autoroutes. En l'espèce, les normes litigieuses n'étaient pas différentes de celles d'un certain nombre d'autres Etats¹²⁵⁵ et n'impliquaient donc pas nécessairement une modification lors de l'entrée ou de la sortie du territoire. Toutefois, les avantages en termes de sécurité n'étaient absolument pas démontrés et la mesure entravait substantiellement la circulation de certains transporteurs, ceux-ci devant généralement adapter leurs moyens de transport, ce qui augmentait leurs coûts et leurs délais. En outre, la loi prévoyait un certain nombre d'exemptions, dont certaines d'entre elles s'avéraient discriminatoires puisqu'elles visaient à ne pas pénaliser l'industrie étatique¹²⁵⁶.

302. Si l'opinion majoritaire prend soin de préciser que sa décision se limite au cas d'espèce et ne préjuge pas de la constitutionnalité des réglementations similaires des autres Etats¹²⁵⁷, elle confirme, cependant, sa jurisprudence trois ans plus tard en invalidant, dans l'arrêt *Kassel v. Consolidated Freightways Corporation of Delaware*¹²⁵⁸, une législation analogue. En l'espèce, l'Iowa interdisait les camions dépassant une certaine taille alors que les Etats voisins avaient des critères moins stricts. L'opinion majoritaire a, en substance, suivi le même

¹²⁵² *Navajo Freightlines*, 359 U.S., préc., p. 529.

¹²⁵³ *Navajo Freightlines*, 359 U.S., préc., p. 526. Il convient de relever que l'auteur de l'opinion, le juge DOUGLAS, s'était, dans l'affaire *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., préc., p. 795, prononcé contre la décision d'inconstitutionnalité au motif que « la Cour ne devrait intervenir que lorsque la législation étatique est discriminatoire à l'encontre du commerce interétatique ou lorsqu'elle n'est pas conforme à une loi adoptée par le Congrès ».

¹²⁵⁴ *Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S. 429, préc.

¹²⁵⁵ 17 Etats avaient, à l'époque, une réglementation similaire (v. *Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S., préc., p. 437).

¹²⁵⁶ *Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S., préc., pp. 446-447.

¹²⁵⁷ *Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S., préc., p. 447. Les juges ont estimé qu'une mesure similaire pourrait être déclarée conforme à la Constitution si l'Etat démontrait la dangerosité des camions dépassant la taille requise. En l'espèce, aucun élément allant dans ce sens n'avait été apporté par le Wisconsin.

¹²⁵⁸ *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S. 662, préc.

raisonnement que dans l'affaire *Raymond Motor* : après avoir rappelé la jurisprudence *Pike*¹²⁵⁹, elle a apprécié les preuves apportées par l'Etat concernant la dangerosité des camions dépassant la taille autorisée. Tout en admettant que l'Etat apportait davantage d'éléments que dans l'affaire *Raymond Motor*, elle a conclu que les camions interdits n'étaient pas plus dangereux que les camions autorisés. Puis, elle a constaté l'existence d'une entrave substantielle à la circulation : les transporteurs devaient soit contourner l'Etat, soit changer de camions lors de leur entrée sur le territoire, ce qui entraînait des coûts supplémentaires importants et allongeait les délais de livraison. Mettant en balance l'avantage de la réglementation en termes de sécurité – inexistant selon elle – et l'entrave, substantielle, à la circulation interétatique, elle a conclu à l'inconstitutionnalité de la mesure.

303. Il convient de relever que, tant dans l'affaire *Raymond Motor* que dans l'affaire *Consolidated Freightways Corp.*, les Etats avaient prévu un certain nombre d'exemptions qui bénéficiaient essentiellement à leur économie. Dans l'affaire *Raymond Motor Transportation Inc.*, l'Etat prévoyait, notamment, une exemption au profit des camions transportant des marchandises produites dans les usines situées sur son territoire¹²⁶⁰. Dans l'affaire *Consolidated Freightways Corporation*, l'Etat permettait aux villes frontalières d'autoriser la circulation des camions respectant les tailles prescrites dans les Etats voisins, de telle sorte que l'industrie locale n'était pas pénalisée¹²⁶¹. De même, une exception était prévue à l'égard des camions utilisés par le secteur agricole étatique. L'existence de ces exemptions, qui laissaient planer un doute sur la réalité des intentions étatiques¹²⁶², a renforcé l'opinion des juges, sans pour autant être jugé déterminante¹²⁶³.

Dès lors, il semble que la disparité législative et le caractère non nécessaire de la mesure étatique aient entièrement déterminé le résultat du contrôle effectué par l'opinion majoritaire dans ces deux arrêts. Cette circonstance explique sans doute que la dernière décision n'a pas,

¹²⁵⁹ *Pike*, 397 U.S. 137, préc. A propos de cet arrêt, v. *supra*, chapitre 1, section 2 du présent titre.

¹²⁶⁰ 434 U.S., pp. 433 et s.

¹²⁶¹ 450 U.S., pp. 676 et s.

¹²⁶² Dans l'affaire *Consolidated Freightways Corp*, l'opinion majoritaire en déduit que l'Etat cherchait, en réalité, à détourner le trafic routier sur les autres Etats. Un tel objectif, estime-t-elle, ne permet pas de justifier une entrave à la circulation (450 U.S., préc., pp. 677 et s.).

¹²⁶³ *Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S. préc., pp. 446-447 ; *Consolidated Freightways Corp*, 450 U.S., préc., p. 678. Au contraire, pour l'opinion séparée, cet élément était déterminant : le juge BRENNAN estime que le véritable objectif étant de nature protectionniste – préserver les intérêts étatiques au détriment des autres Etats – la mesure devrait être interdite *per se* sans qu'il soit nécessaire de recourir au *balancing test* (v. pp. 679 et s. de l'arrêt).

contrairement à la précédente, recueilli l'unanimité. Sur les six juges s'étant prononcés en faveur de l'inconstitutionnalité, deux sont parvenus à cette décision sur un fondement différent. Selon le juge BRENNAN, auteur de l'opinion concordante, la Cour ne devrait pas mettre en balance les avantages prétendus d'une réglementation et l'entrave qu'elle entraîne mais devrait se concentrer sur l'objectif réellement poursuivi par le législateur étatique. Si cet objectif s'avère être un but légitime, ce qui n'était pas, à son sens, le cas en l'espèce, la Cour devrait alors se contenter de mettre en œuvre le test de la base rationnelle et déférer à la décision du législateur¹²⁶⁴. Trois juges ont, en outre, contesté la méthode d'analyse employée, estimant que la Cour outrepassait ses fonctions en invalidant une telle réglementation¹²⁶⁵. Ils ont par ailleurs regretté les implications d'une telle décision, celle-ci obligeant un Etat à s'aligner sur les normes plus souples des Etats voisins¹²⁶⁶.

Ces opinions divergentes, si elles ne semblent pas devoir remettre en cause la jurisprudence sur le fond¹²⁶⁷, fragilisent toutefois le fondement de ces solutions. L'arrêt *Pike* est, certes, mentionné par l'opinion majoritaire dans les arrêts de 1978 et 1981, mais l'application du *balancing test* aux réglementations relatives à la sécurité des voies de transport demeure incertaine¹²⁶⁸. Pour certains¹²⁶⁹, l'analyse de la Cour, dans ces arrêts, est davantage favorable aux Etats que ne l'est le test de l'arrêt *Pike*, les juges insistant longuement sur la forte

¹²⁶⁴ *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S., préc., p. 680. Aux termes de ce test, le juge vérifie seulement que le législateur étatique a agi dans le cadre ses compétences et que les moyens choisis sont « rationnellement » susceptibles d'atteindre les finalités recherchées.

¹²⁶⁵ *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S., préc., pp. 690-694 : « la clause de commerce est [...] une attribution de compétence au Congrès, non à la Cour [...]. [Le balancing test] arrogerait à la Cour la fonction de décider des politiques publiques, fonction qui, en l'absence d'action du Congrès, a été laissée par les pères fondateurs aux législatures étatiques. [...] La question [...] est de savoir si le législateur de l'Iowa a agi rationnellement [...] ». Paradoxalement le juge REHNQUIST, auteur de l'opinion dissidente, discute assez longuement les preuves apportées par l'Etat. En réalité, et comme le souligne l'opinion concordante (450 U.S., pp. 679 et s.), les raisonnements employés par les deux groupes de juges ne divergent pas fondamentalement. C'est essentiellement la décision au fond qui les différencie puisque l'analyse de l'opinion dissidente la conduit à déclarer que l'Etat a démontré, à suffisance de droit, l'apport de sa réglementation à la sécurité routière alors que l'opinion majoritaire aboutit à la conclusion inverse.

¹²⁶⁶ *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S., préc., pp. 699-700.

¹²⁶⁷ Certaines juridictions fédérales inférieures, ont, toutefois, préféré suivre l'approche de l'opinion dissidente plutôt que celle de l'opinion majoritaire (v. par ex. *American Trucking Ass., Inc. v. Larson*, 683 F.2d 787 (3rd Cir. 1982); *Electrolert Corp. v. Barry*, 737 F.2d 110 (D.C. Cir. 1984)).

¹²⁶⁸ V. en ce sens, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., pp. 1073-1072 ; D. P. KOMMERS and M. WAELBROECK, "Legal Integration and the Free Movement of Goods : the American and European Experience", in CAPPELLETTI, SECCOMBE, WEILER (Eds.), *Integration through law, Europe and the American federal Experience*, Book 3, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1986, p. 165, spéc. pp. 178 et s. V. également les arrêts cités à la note précédente.

¹²⁶⁹ V. not. D. COENEN, *The Commerce Clause*, op. cit., pp. 264 et s.

présomption de constitutionnalité dont bénéficient les réglementations des transports¹²⁷⁰. Pourtant, si le test est, en apparence, plus protecteur des compétences étatiques, il apparaît que le domaine du transport est quasiment l'un des seuls dans lequel la Cour ait invalidé des mesures non discriminatoires dans leur contenu ou leurs effets¹²⁷¹.

304. Il convient, cependant, d'être particulièrement prudent quant aux conclusions à tirer de la jurisprudence en matière de transport.

Tout d'abord, l'évolution jurisprudentielle n'est pas linéaire. Dans un arrêt de 1968, la Cour a déclaré conforme à la Constitution la réglementation de l'Arkansas relative au personnel devant se trouver à bord des trains traversant son territoire¹²⁷². Tous les Etats ne disposaient pas de réglementations similaires et la mesure avait pour effet, selon les compagnies requérantes, d'augmenter leurs coûts – en les obligeant à rémunérer un personnel qu'elles n'auraient pas employé en l'absence de la mesure – et d'allonger leurs temps de trajet – en les obligeant à s'arrêter aux frontières de l'Etat pour changer le personnel. Certes, l'entrave pouvait apparaître de moindre envergure que dans les arrêts *Southern Pacific Railway* et *Navajo Freightlines, Inc.*, en ce qu'elle ne concernait pas les caractéristiques mêmes du moyen de transport, de telle sorte que la décision sur le fond ne contredisait pas ces deux arrêts. En revanche, la Cour Suprême a reproché à la juridiction saisie en première instance d'avoir mis en balance les avantages et inconvénients de la réglementation. La *District Court* n'était pas autorisée, selon elle, « à résoudre les conflits de preuve en défaveur du législateur ni même à rejeter le jugement du législateur [...] »¹²⁷³. Or, c'est précisément le mode d'analyse qu'elle avait mis en œuvre dans ses précédents arrêts. Aussi, le test appliqué ne semble pas clairement établi.

Ensuite, il faut mettre en perspective les quatre décisions d'inconstitutionnalité avec les

¹²⁷⁰ Selon la Cour, « dans aucun domaine la déférence à l'égard des réglementations étatiques a été plus grande qu'en matière de réglementation de la sécurité sur les autoroutes » (*Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S., préc., p. 443).

¹²⁷¹ Sauf si l'on considère, comme certains auteurs européens, que le facteur circulant est défavorisé par rapport au facteur sédentaire (v. § 1, A. 2. de la présente section, *supra*). Le professeur COLLINS relève que l'existence de réglementations disparates peut être considérée comme désavantageant les opérations interétatiques dans la mesure où les charges subies par les opérations intraétatiques sont moindres, mais il exclut que cette circonstance puisse conduire, à elle seule, à déclarer inconstitutionnelle une mesure étatique (R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., p. 65).

¹²⁷² *Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen v. Chicago R.I. & P.R. Co.*, 393 U.S. 129 (1968). La Cour avait déjà été saisie à trois reprises de cette réglementation et l'avait à chaque fois validée (v. *Chicago R.I. & Pacific Ry. v. Arkansas*, 219 U.S. 453 (1911) ; *St. Louis, Iron Mountain & Southern Ry. Co. v. Arkansas*, 240 U.S. 518 (1916) ; *Missouri Pacific R. Co. v. Norwood*, 283 U.S. 249 (1931)).

¹²⁷³ *Brotherhood of Locomotive Firemen*, 393 U.S., préc., p. 139.

dizaines de décisions favorables aux Etats dans le domaine des transports¹²⁷⁴.

Enfin, la dernière décision, c'est-à-dire l'arrêt *Consolidated Freightways Corp.* de 1981, montre que la Cour demeure très partagée quant au raisonnement à mettre en œuvre.

2. Un parallèle relatif avec la théorie communautaire de la double charge

305. Nonobstant les limites de la jurisprudence américaine relative au transport, un parallèle peut être fait entre les quatre arrêts dans lesquels la Cour Suprême a conclu à l'inconstitutionnalité de mesures indistinctement applicables¹²⁷⁵ et la jurisprudence communautaire relative aux conditions auxquelles doivent répondre les produits.

Dans les deux hypothèses, c'est la disparité des législations et l'obligation qu'elle entraîne de procéder à une modification – du moyen de transport en ce qui concerne la jurisprudence américaine, des marchandises, en ce qui concerne la jurisprudence communautaire – qui constitue le fondement de l'entrave¹²⁷⁶.

Dans les deux hypothèses, les juridictions se placent du point de vue de l'opérateur économique pour évaluer l'obstacle, la disparité entraînant pour eux une augmentation des coûts ainsi qu'un allongement des délais et produisant, de la sorte, un effet dissuasif.

Dans les deux hypothèses, les juridictions procèdent à une appréciation respective de l'obstacle à la circulation et des objectifs poursuivis par le législateur étatique, n'hésitant pas à mettre en cause les choix opérés par ce dernier.

Dans les deux hypothèses, enfin, la différence entre la réglementation litigieuse et celles des autres Etats est déterminante quant au résultat final du contrôle, puisqu'il conditionne largement l'issue du test de nécessité. Ainsi, le fait qu'un Etat soit le seul à imposer une réglementation – ou se trouve dans une position minoritaire – accroît les risques que celle-ci

¹²⁷⁴ V. par ex. *Hendrick v. Maryland*, 235 U.S. 610 (1915) ; *Vandalia R. Co. v. Public Service Comm'n*, 242 U.S. 255 (1916) ; *Morris v. Duby*, 274 U.S. 135 (1927) ; *Bradley v. Public Utilities Commission of Ohio*, 289 U.S. 92 (1933) ; *Barnwell Bros.*, 303 U.S. 177, préc. ; *Railway Express Agency, Inc. v. New York*, 336 U.S. 106 (1949) ; *Brotherhood of Locomotive Firemen*, 393 U.S. 129, préc., etc.

¹²⁷⁵ Pour rappel : *Southern Pacific Railway*, 325 U.S. 761, préc. ; *Navajo Freightlines*, 359 U.S. 520, préc. ; *Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S. 429, préc. ; *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S. 662, préc.

¹²⁷⁶ V. également l'un des rares arrêts rendus par la CJUE relatifs à la conformité d'une réglementation nationale fixant une hauteur maximale pour les camions avec les dispositions du traité : CJCE, 11 juin 1987, *Bodin et Minguet*, aff. 241/86, Rec. p. 2573, pt 11 : « la libre circulation des marchandises est susceptible d'être gênée, non par l'application des dispositions nationales relatives à la hauteur maximale des véhicules transportant les marchandises, prise en elle-même, mais par la disparité des limites retenues par les législations des différents Etats membres » (nous soulignons). Toutefois, la limite litigieuse en l'espèce était conforme à une directive d'harmonisation et n'a donc pas été qualifiée de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation (v. *infra*).

soit déclarée inconstitutionnelle ou contraire au traité¹²⁷⁷.

306. Ces similitudes ne sauraient, toutefois, occulter les larges divergences entre les conceptions communautaire et américaine de l'entrave.

Alors que la Cour de justice déduit automatiquement l'entrave des divergences législatives¹²⁷⁸, la Cour Suprême semble exiger davantage qu'une simple disparité entre les réglementations pour conclure à l'inconstitutionnalité d'une mesure. Sa pratique décisionnelle montre, notamment, que les inconvénients découlant des exigences différentes des Etats doivent être concrètement démontrés, tant en ce qui concerne l'adaptation, qu'en ce qui concerne les coûts et les délais supplémentaires pour l'opérateur. Ainsi, dans les affaires *Navajo Freightlines*, *Raymond Motor* et *Consolidated Freightways Corp.*¹²⁷⁹, la Cour a longuement discuté des preuves apportées par les transporteurs quant à l'entrave engendrée par la réglementation litigieuse. Dans une affaire de 1978, concernant une loi de l'Etat de Washington relative aux navires-citernes, qui imposait une escorte des navires ne remplissant pas certaines exigences en matière de conception, taille et équipements, les juges ont estimé que, en raison du coût mineur de l'escorte et en l'absence de démonstration d'une baisse du commerce, la clause de commerce n'était pas violée¹²⁸⁰.

307. Les juridictions inférieures qui ont été saisies de réglementations imposant aux opérateurs une adaptation de leurs moyens de transport ont généralement suivi une voie analogue. Ainsi, dans un arrêt de 1986¹²⁸¹, la Cour d'appel pour le 4^{ème} circuit a constaté – à propos d'une réglementation de l'Etat de Virginie relative aux phares à installer sur les camions transportant certaines marchandises – que les transporteurs étaient obligés de procéder à des modifications lorsqu'ils changeaient d'Etat, en raison des disparités législatives. Mais, estimant que le coût du changement était peu significatif alors que l'intérêt de l'Etat à la sécurité était réel, elle a conclu à l'absence de violation de la Constitution.

308. Par ailleurs, ce n'est qu'en l'absence de tout avantage en termes de sécurité, que la Cour Suprême s'est montrée encline à invalider une réglementation. Dans l'Union européenne, une

¹²⁷⁷ V. à ce propos, 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, *infra*.

¹²⁷⁸ Dans les affaires relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les produits, la Cour ne discute jamais de la réalité et du degré de l'entrave. L'obligation de se conformer à deux règles différentes conduit à une présomption irréfragable d'entrave (v. *supra*, §1 de la présente section).

¹²⁷⁹ *Navajo Freightlines*, 359 U.S. 520, préc. ; *Raymond Motor Inc.*, 434 U.S. 429, préc. ; *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S. 662, préc.

¹²⁸⁰ *Atlantic Richfield Co.*, 435 U.S., préc., p. 180.

¹²⁸¹ *Specialized Carriers & Rigging Assoc. v. Virginia*, 795 F.2d 1152 (4th Cir. 1986).

réglementation nationale ne saurait échapper aux interdictions du traité au seul motif qu'elle serait apte à réaliser certains objectifs d'intérêt général¹²⁸².

309. Les jurisprudences emportent donc des conséquences foncièrement différentes. La jurisprudence communautaire a conduit au principe du « pays d'origine » : une marchandise, dès lors qu'elle est fabriquée conformément aux prescriptions de son Etat de production, ne peut plus être soumise à une réglementation étatique plus stricte, en l'absence de justifications sérieuses. Aux Etats-Unis, un transporteur ne peut circuler dans tout Etat au motif qu'il respecterait la législation de son Etat d'origine. Ce n'est que dans l'hypothèse où une réglementation isolée l'empêcherait de circuler dans un Etat en particulier, imposerait des modifications coûteuses et ne serait aucunement nécessaire à la sécurité, qu'il pourrait en contester la constitutionnalité¹²⁸³. Aussi est-il, quoi qu'il en soit, dans l'obligation de s'adapter aux différentes législations.

310. Enfin, l'analogie entre les jurisprudences communautaire et américaine s'arrête au domaine des transports puisque la Cour Suprême n'a pas développé de raisonnement similaire et systématique dans d'autres domaines. Cette spécificité est, à notre sens, relativement logique, le domaine des transports présentant un caractère décisif dans la construction d'un marché intérieur¹²⁸⁴, en ce qu'il conditionne directement la circulation physique tant des marchandises que des personnes¹²⁸⁵. Il faut, d'ailleurs, relever que la politique du transport a été largement communautarisée dans l'Union européenne¹²⁸⁶. En conséquence, les disparités

¹²⁸² Sur le contrôle de proportionnalité, v. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, *infra*.

¹²⁸³ V. en ce sens, R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc. p. 65 : « [I]les *conflits mineurs abondent, et la Cour n'est concernée que par ceux qui sont sévères* ».

¹²⁸⁴ Le professeur REGAN relève à cet égard que, s'il existe un intérêt national à l'uniformité dans le domaine des transports, un tel intérêt est en revanche inexistant dans les autres domaines, la forme fédérale de l'Etat impliquant nécessairement l'idée de la diversité des réglementations étatiques (D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", préc., p. 1177).

¹²⁸⁵ V. en ce sens, R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., p. 62, n. 125. V. également *Railroad Co. v. Husen*, 95 U.S, préc., p. 470.

¹²⁸⁶ Le titre VI du TFUE prévoit, en son article 90, la mise en place d'une politique commune des transports routier, fluvial et ferré. L'article 91 énumère les missions confiées aux institutions communautaires à cette fin. Cette disposition a été mise en œuvre à de nombreuses reprises (v. par ex. le règlement (CEE) n° 881/92 du Conseil, du 26 mars 1992, concernant l'accès au marché des transports de marchandises par route dans la Communauté exécutés au départ ou à destination du territoire d'un Etat membre, ou traversant le territoire d'un ou plusieurs Etats membres (JO L 95, p. 1) ; la directive 96/53/CE du Conseil du 25 juillet 1996 fixant, pour certains véhicules routiers circulant dans la Communauté, les dimensions maximales autorisées en trafic national et international et les poids maximaux autorisés en trafic international (JO L 235 p. 59)). En outre, l'action des Etats est strictement encadrée (v. not. les articles 92 à 97 TFUE). Concernant le transport aérien et maritime, v. article 100, §2 TFUE. A propos de la politique européenne des transports, v. not. L. GRARD, « Droit européen des transports », *Encyclopédie Dalloz communautaire*, Fasc. 1130, 2009.

législatives, à l'origine de la jurisprudence américaine, ont largement disparu entre les Etats membres de l'UE. Ainsi, les réglementations des dispositifs d'éclairage à installer sur les véhicules à moteur ont été totalement harmonisées dans l'UE, de telle sorte que la Cour de justice a considéré en 1988 que le Royaume-Uni n'était pas autorisé à prévoir des dispositifs spécifiques sur son territoire¹²⁸⁷. Aux Etats-Unis, comme l'arrêt *Specialized Carriers & Rigging Assoc.* de 1986, précédemment mentionné¹²⁸⁸, l'illustre, en l'absence de réglementation fédérale imposant une norme commune pour les dispositifs d'éclairage, les transporteurs peuvent être dans l'obligation de modifier leurs dispositifs pour circuler d'un Etat à l'autre.

En raison du travail d'harmonisation entrepris dans l'Union européenne, les entreprises de transport n'ont probablement pas rencontré les difficultés qu'ont pu rencontrer les entreprises sur le sol américain. En témoigne le contentieux relativement limité en la matière. Toutefois, quelques arrêts rendus par la Cour de justice peuvent être mentionnés. Par exemple, dans l'affaire *Bodin et Minguet*¹²⁸⁹, les juges de Luxembourg ont conclu que la réglementation belge interdisant la circulation des véhicules dépassant 4 mètres ne violait pas le droit communautaire, même si ces véhicules étaient autorisés à la circulation dans d'autres Etats. En effet, cette exigence était conforme à la directive 85/3/CEE du Conseil du 19 décembre 1984, relative aux poids, aux dimensions et à certaines autres caractéristiques techniques de certains véhicules routiers¹²⁹⁰, qui ne prévoyait qu'une harmonisation minimale¹²⁹¹. En revanche, elle a condamné en 2005, sur le fondement de l'article 34 TFUE, un règlement autrichien interdisant, pour des motifs environnementaux, la circulation de véhicules de plus de 7 tonnes sur l'une des autoroutes autrichiennes¹²⁹².

311. Aux Etats-Unis, bien que des autorités fédérales de régulation existent dans le domaine

¹²⁸⁷ CJCE, 12 juillet 1988, *Commission c/ Royaume-Uni* (« dim-dip »), aff. 60/86, *Rec.* p. 3921.

¹²⁸⁸ *Specialized Carriers & Rigging Assoc.*, 795 F.2d 1152, préc.

¹²⁸⁹ CJCE, *Bodin et Minguet*, aff. 241/86, préc.

¹²⁹⁰ JO L 2, p. 14.

¹²⁹¹ La directive oblige les Etats à autoriser la circulation sur leur territoire des véhicules répondant aux normes spécifiées en annexe. Cette dernière fixe une hauteur maximale de 4 mètres. Les Etats peuvent prévoir une hauteur supérieure mais, dans cette hypothèse, les véhicules ne sont pas assurés de pouvoir circuler sur tout le territoire de l'UE.

¹²⁹² CJCE, 15 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-320/03, *Rec.* p. I-9871. Dans le domaine des transports, v. également CJCE, *Commission c/ France*, aff. 167/73, préc. ; CJCE, 14 juillet 1994, *Mattéo Peralta*, aff. C-379/92, *Rec.* p. I-3453.

des transports¹²⁹³, les Etats ont conservé une large compétence¹²⁹⁴.

312. Dans les domaines autres que le transport, il demeure plus qu'incertain, aujourd'hui, qu'une simple divergence législative puisse conduire les juridictions américaines à qualifier d'entrave une mesure indistinctement applicable.

B. Une considération peu pertinente dans les autres domaines

313. La jurisprudence de la Cour Suprême ne fournit, à notre connaissance, pas d'autres exemples de mesure déclarée inconstitutionnelle en raison des divergences qu'elles comportent avec des mesures d'autres Etats. Lorsque l'argument a été invoqué, la Cour l'a toujours écarté. Cette conception de l'entrave résulte, selon nous, d'une approche fédéraliste de la répartition des compétences (1).

Les juridictions fédérales inférieures ont, toutefois, parfois suivi l'approche que la Cour Suprême a développé en matière de transport dans d'autres domaines (2).

1. Le refus de prendre en compte les disparités législatives pour qualifier l'entrave : une conception fédéraliste

314. La question des disparités législatives a, en dehors du domaine des transports, été très peu débattue par la Cour Suprême. Toutefois, quelques arrêts révèlent une discussion, généralement très brève, des conséquences des divergences entre les réglementations des

¹²⁹³ Par ex. le *Surface Transportation Board* qui a remplacé en 1995 l'*Interstate Commerce Commission* créée en 1887 et qui a en charge le secteur du transport par chemin de fer ou encore la *Federal Motor Carrier Safety Administration* créée en 2000 et qui s'occupe de sécurité routière (pour une recension des agences fédérales de transport et un lien direct vers leurs sites, v. le site du department of transport : www.dot.gov).

¹²⁹⁴ Le rôle de l'*Interstate Commerce Commission* était de contrôler les tarifs, veiller à l'élimination des discriminations et contrôler la concurrence. Le *Federal Motor Carrier Act* de 1935 a étendu ses compétences en matière de transport routier. Elle délivrait ainsi des certificats aux sociétés de transport permettant à celles-ci de circuler sur le territoire américain. Ces certificats ne garantissent toutefois pas une libre circulation puisque, s'ils attestent du respect des critères fédéraux, ils n'empêchent pas les Etats d'ajouter des conditions dans les domaines qui n'ont pas fait l'objet d'une réglementation fédérale (concernant les réglementations actuelles relatives à la longueur, taille ou poids des véhicules, v. le site de la *Federal Motor Carrier Safety Administration* : www.fmcsa.dot.gov).

Etats¹²⁹⁵. Il apparaît que l'argument n'a jamais prospéré, à lui seul, devant la Cour Suprême.

315. Dans l'arrêt *Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission*¹²⁹⁶, la Cour Suprême a, ainsi, relevé que la mesure indistinctement applicable de Caroline du Nord relative au conditionnement des pommes obligeait les producteurs de l'Etat de Washington à modifier leur conditionnement¹²⁹⁷. Toutefois, cette circonstance n'a, semble-t-il, pas déterminer la décision d'inconstitutionnalité de la Cour. Celle-ci a, en effet, insisté sur l'effet discriminatoire de la réglementation – les producteurs étatiques n'ayant pas eu à adapter leurs conditionnements – et a, sur ce fondement, conclu à son caractère protectionniste.

316. Dans l'arrêt *Huron Portland Cement Co.*¹²⁹⁸, la requérante faisait valoir que les exigences en matière de pollution atmosphérique générée par les navires pouvaient varier d'une municipalité à l'autre, de telle sorte qu'il lui était impossible de se conformer à toutes les réglementations en la matière et, en particulier, à la réglementation de la ville de Détroit. La Cour a rejeté l'argument, estimant que l'entreprise n'avait pas démontré l'existence de mesures contradictoires en l'espèce. Il n'était donc suffisant d'alléguer l'existence de disparités législatives. Encore fallait-il prouver que les divergences gênaient concrètement l'accomplissement des activités de l'entreprise, voire l'empêchait d'opérer dans tous les Etats.

317. Dans l'arrêt *Exxon*¹²⁹⁹, dans lequel était contesté une réglementation interdisant aux compagnies pétrolières d'exploiter des stations-service dans l'Etat du Maryland, les requérantes s'appuyaient, notamment, sur la diversité des réglementations étatiques en la matière. Cette circonstance a été jugée non pertinente par la Cour Suprême. Elle a relevé, en effet, que, loin d'être affectées par la disparité des législations, les sociétés en tiraient le bénéfice de pouvoir poursuivre leur activité dans certains Etats. L'uniformité en la matière, que la Cour entendait ici comme l'interdiction généralisée pour les compagnies pétrolières de

¹²⁹⁵ On relèvera, notamment, ce *dictum* de l'opinion dissidente dans l'affaire des avocats de Floride : « *le manque d'uniformité tend à obstruer le commerce, à diviser la Nation en de nombreux marchés. Lorsqu'un produit est accepté ou rejeté dans différentes localités en fonction des caprices locaux, le flux du commerce est inévitablement interrompu, entravé et diminué* » (*Florida Lime*, 373 U.S., préc., p. 169). En l'espèce, toutefois, la question posée n'était pas celle d'une entrave au commerce interétatique (la Californie interdisait la vente de certains avocats produits en Floride et conformes aux prescriptions fédérales) mais celle du caractère exhaustif de la réglementation fédérale. Sur la doctrine de la préemption, v. 2^{ème} partie, titre 1, chapitre 1, *infra*.

¹²⁹⁶ *Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333, préc. V., à propos de cet arrêt, *supra*, § 1, A. 2. de la présente section.

¹²⁹⁷ Pour de plus amples développements sur les faits de cette affaire, v. le chapitre 1, section 2, §3 du présent titre, *supra*.

¹²⁹⁸ *Huron Portland Cement Co.*, 362 U.S. 440, préc.

¹²⁹⁹ *Exxon Corp.*, 437 U.S. 117, préc.

posséder des stations-service, aurait été davantage restrictive pour ces sociétés. La décision montre bien que toute idée de rapprochement des législations, par le biais du contentieux constitutionnel et sur la base de la législation la moins restrictive, est écartée par la Cour Suprême.

318. Dans l'arrêt *Clover Leaf Creamery*, qui mettait en jeu une réglementation interdisant la commercialisation de lait dans des bouteilles en plastique non restituable ou recyclable, la Cour a également écarté l'argument des disparités législatives en relevant, cette fois-ci, que « *l'inconvénient d'avoir à se conformer à différentes exigences en matière d'emballage au Minnesota et dans les Etats voisins est faible* »¹³⁰⁰. La mesure n'empêchait pas le lait d'être commercialisé dans l'Etat et les producteurs employaient habituellement différents types de bouteilles pour conditionner leur lait. Le débat s'est davantage orienté, dans cette décision, sur le caractère discriminatoire de la mesure. Les producteurs de plastique faisaient, en effet, valoir qu'aucune entreprise du Minnesota ne fabriquait de bouteilles en plastique, tandis que plusieurs d'entre elles produisaient des bouteilles en carton. Aussi, estimaient-ils que la mesure protégeait une industrie étatique. La Cour a rejeté cette analyse retenant, d'une part, que les bouteilles en plastique continuaient de trouver un débouché dans le Minnesota, seul le lait étant visé par la loi, et, d'autre part, que des fabricants de carton non étatiques bénéficiaient sans doute également de la mesure.

Comparée à la jurisprudence communautaire, cette décision appelle plusieurs observations. Tout d'abord la Cour de justice de l'Union européenne a qualifié d'entraves des mesures imposant d'utiliser un certain type d'emballage¹³⁰¹. On rappellera, en particulier, l'affaire des *bouteilles danoises* dans laquelle la Cour de justice a qualifié de restriction une réglementation proche de la législation du Minnesota : l'obligation danoise de commercialiser la bière et les boissons rafraîchissantes dans des emballages susceptibles d'être réutilisés et agréés par l'administration¹³⁰². A cet égard, la juridiction communautaire n'a jamais tenu compte des difficultés que pouvait rencontrer l'opérateur économique pour modifier le conditionnement de ses marchandises. Dès lors, qu'une marchandise ne peut accéder au marché telle qu'elle a été fabriquée et conditionnée, la réglementation litigieuse constitue un obstacle qu'il convient de justifier. Il est donc indifférent pour la Cour de justice,

¹³⁰⁰ *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S., préc., p. 472.

¹³⁰¹ V. à ce propos, *supra*, section 1, § 1, A, 1 du présent chapitre.

¹³⁰² CJCE, *Bouteilles danoises*, aff. 302/86, préc.

contrairement à la Cour Suprême, que l'adaptation soit en pratique facile à réaliser¹³⁰³. Les juges de Washington semblent, pour leur part, davantage exiger que les disparités législatives constituent un obstacle absolu à la circulation des marchandises. Ensuite, les considérations relatives au caractère discriminatoire de la réglementation dans l'arrêt *Clover Leaf* démontre que, dans la jurisprudence américaine, la question de la disparité est accessoire au regard du facteur déterminant qu'est le caractère protectionniste de la mesure. Or, c'est le raisonnement inverse qui prévaut dans l'Union européenne : il est indifférent qu'une mesure protège ou non le marché national dès lors qu'elle constitue, en raison des disparités, une charge supplémentaire pour l'opérateur économique.

319. L'argument des divergences législatives a également été soulevé dans l'arrêt *CTS Corp.*¹³⁰⁴, dans lequel une entreprise contestait la législation de l'Indiana relative aux offres publiques d'achat. Il n'a pas été jugé davantage pertinent dans la mesure où l'entreprise n'avait à se soumettre qu'à la seule réglementation de l'Etat de l'entreprise « cible »¹³⁰⁵. Dès lors, « *la mesure ne crée pas un risque de réglementations contradictoires entre les Etats* »¹³⁰⁶. En outre, la Cour a rappelé que l'« *Indiana n'a pas besoin de définir [le droit des sociétés] comme les autres Etats le font ; il doit seulement veiller à ce que les résidents et les non résidents aient un égal accès [à ce droit]* »¹³⁰⁷. La diversité n'est donc pas, en soi, considérée comme un problème constitutionnel.

320. Derrière la diversité des analyses de la Cour Suprême, révélatrice d'une démarche très pragmatique, apparaît néanmoins une orientation unitaire, au terme de laquelle, en l'absence de discrimination, il ne saurait être reproché à un Etat d'avoir adopté une législation différente de celle de ses voisins. La problématique des disparités législatives n'est pas niée, mais sa

¹³⁰³ Il n'est pas exclu que, au stade de l'examen des justifications et du contrôle de proportionnalité, la Cour de justice tienne compte du degré de l'entrave (une mesure qui empêche de manière absolue l'accès au marché doit être davantage justifiée qu'une mesure gênant simplement cet accès). Ceci dit, l'importance des changements requis de la part du producteur ne constitue pas, à notre connaissance, un élément déterminant de l'analyse. V. 2ème partie, titre 2, *infra*.

¹³⁰⁴ *CTS Corp.*, 481 U.S. 69, préc.

¹³⁰⁵ Dans l'UE, une réglementation similaire ne constituerait pas – pour la même raison : seule la législation de l'Etat d'établissement s'applique – une « double charge ». Il convient de relever, à cet égard, que le législateur communautaire est intervenu afin de coordonner – mais non d'harmoniser – les législations en la matière (v. la directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition (JO L 142 du 30.04.2004, p. 12)).

¹³⁰⁶ 481 U.S., préc., p. 89.

¹³⁰⁷ 481 U.S., préc., p. 94.

résolution est généralement renvoyée au législateur fédéral¹³⁰⁸. Les propos tenus par la Cour d'appel du 4^{ème} circuit dans un arrêt de 1986 sont, à cet égard, sans équivoque : « *les inconvénients provenant des différences entre les réglementations étatiques, [...] sont une conséquence inévitable du manque d'uniformité [...], manque que le Congrès [en n'intervenant pas] a expressément autorisé. [...] si le Congrès avait voulu que toutes les exigences étatiques soient identiques [...] il aurait pu facilement le faire* »¹³⁰⁹. Fondée sur le principe de partage des compétences – entre la fédération et les Etats fédérés, d'une part, et entre les trois branches du pouvoir d'autre part –, l'approche américaine implique que le pouvoir judiciaire ne saurait imposer au pouvoir législatif d'un Etat de s'incliner devant la législation d'un autre Etat¹³¹⁰. Aussi, constate-t-on que la diversité des droits étatiques est en réalité inhérente au fédéralisme¹³¹¹ et que, en conséquence, la *dormant commerce clause* ne constitue pas un instrument de rapprochement des droits¹³¹².

321. La démarche du juge communautaire est différente. Celui-ci veille, en effet, moins au respect de la répartition verticale et horizontale des compétences, qu'au respect de l'objectif d'intégration des marchés¹³¹³. Il en résulte que l'autonomie législative des Etats ne peut servir d'argument au maintien d'un cloisonnement des marchés¹³¹⁴. Le principe même de la compétence étatique implique, évidemment, que les Etats peuvent, comme les Etats fédérés

¹³⁰⁸ V. en ce sens, *Barnwell Bros.*, 303 U.S., préc., p. 190.

¹³⁰⁹ *Specialized Carriers & Rigging Assoc.*, 795 F.2d, préc., p. 1161.

¹³¹⁰ V. en ce sens l'opinion dissidente – qui reflète à notre avis l'approche de la Cour dans les domaines autres que le transport – dans l'affaire *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S., préc., pp. 699-700 : « *Invalidiser la loi de l'Iowa [...] reviendrait à obliger [cet Etat] à céder aux choix politiques des Etats voisins [...]* ». Reprenant les termes de l'arrêt *Barnwell Bros.*, les trois juges rappellent que « *le fait que plusieurs Etats ont adopté un standard différent n'est pas convaincant... Le législateur, étant libre d'exercer son propre jugement, n'est pas lié par celui des autres législatures* ».

¹³¹¹ R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., p. 65 ; T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés...*, op. cit., p. 408.

¹³¹² V. en ce sens, D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", préc., p. 1187.

¹³¹³ V. à ce propos, 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, §2, B, 2, *infra*.

¹³¹⁴ V. not. en ce sens, CJCE, *Miro BV*, aff. 182/84, préc., pt 14 : « *l'article [34] du traité, pas plus que l'article [36] ne réserve certaines matières à la compétence exclusive du législateur. Lorsqu'une législation nationale, pour satisfaire à des exigences impératives reconnues par le droit communautaire, crée des obstacles au principe fondamental de la libre circulation des marchandises, elle doit respecter les limites posées par le droit communautaire. Il appartient à la Cour, qui est en dernier lieu compétente pour interpréter le droit communautaire, et aux juridictions nationales, qui décident, sur la base de cette interprétation, de veiller sur ce respect [...]* ».

américains, adopter des réglementations différentes¹³¹⁵. Toutefois, lorsque les Etats membres de l'Union européenne légifèrent, ils doivent tenir compte des exigences existant dans les autres Etats, de sorte à ne pas entraver le commerce interétatique. Les outils de suppression des entraves que sont les principes du pays d'origine et de reconnaissance mutuelle impliquent que, dans certaines circonstances, les législations des Etats de destination cèdent au profit d'une application exclusive de la loi du pays d'origine. Plus généralement l'équivalence des réglementations est présumée de telle sorte que les Etats doivent faire « confiance » aux standards des Etats voisins¹³¹⁶, même s'ils ne correspondent pas exactement à leurs propres standards. Or de telles obligations sont inexistantes dans la jurisprudence américaine. Comme le relève le professeur SUNSTEIN, aux Etats-Unis, « *une loi étatique n'est pas sérieusement remise en question au motif que l'entreprise ou la personne a respecté des législations analogues dans d'autres Etats* »¹³¹⁷.

322. Comparer l'arrêt américain *Plumley v. Massachusetts*¹³¹⁸, et l'arrêt communautaire « *Margarine* »¹³¹⁹ permet d'illustrer cette différence dans les approches de la Cour Suprême et de la Cour de justice¹³²⁰.

Dans ces deux affaires étaient contestées des réglementations relatives à la margarine et visant à prévenir tout risque de confusion avec le beurre¹³²¹. Dans les deux cas, des margarines étaient interdites à la vente alors qu'elles avaient été légalement fabriquées dans leur Etat d'origine. Les mesures litigieuses n'interdisaient pas toute importation mais imposaient une production différenciée selon l'Etat de commercialisation. Cette circonstance n'a pas du tout été discutée par la Cour Suprême qui, constatant que l'Etat était compétent pour prévenir la

¹³¹⁵ La Cour de justice ne manque d'ailleurs pas de rappeler que la disparité législative constitue une conséquence nécessaire de l'exercice de leurs compétences par les Etats (v. par ex. CJCE, *Kaasfabriek Eyssen*, aff. 53/80, préc. ; CJCE, *Kelderman*, aff. 130/80, préc. En matière d'établissement, v. par ex. CJCE, *Mattéo Peralta*, aff. C-379/92, préc., pt 34).

¹³¹⁶ V. D. DERO, *Réciprocité...*, op. cit., p. 437 : « [l]e principe de reconnaissance mutuelle repose sur l'idée de confiance réciproque ». V. également CJCE, 11 mai 1989, *Wurmser et veuve Bouchara*, aff. 25/88, Rec. p. 1105, pt 18.

¹³¹⁷ C.R. SUNSTEIN, "Protectionism, the American Supreme Court...", op. cit., p. 138.

¹³¹⁸ *Plumley*, 155 U.S. 461, préc.

¹³¹⁹ CJCE, *margarine*, aff. 261/81, préc.

¹³²⁰ L'exemple est repris de la thèse de M. POIARES MADURO, *We the Court...*, op. cit., p. 93.

¹³²¹ Dans l'affaire *Plumley*, l'Etat du Massachusetts interdisait la fabrication et la vente sur son territoire de margarines auxquelles avaient été rajoutées des colorants pour les faire ressembler à du beurre et imposait de distinguer clairement les deux produits. Dans l'affaire *Margarine*, la Belgique imposait de présenter la margarine dans un emballage cubique permettant de différencier cette denrée du beurre.

fraude et que la mesure était indistinctement applicable, a conclu à l'absence de violation de la *dormant commerce clause*. Une telle mesure n'a donc pas été considérée, par la Cour Suprême, comme étant une entrave au commerce interétatique et, en conséquence, celle-ci n'a pas examiné la nécessité de la réglementation au regard de l'objectif poursuivi. Au contraire, la Cour de justice a relevé que la mesure litigieuse occasionnait pour l'opérateur économique des frais supplémentaires en raison de « *la nécessité de conditionner les produits en cause dans des emballages spéciaux conformes aux exigences prévalant sur le marché de destination* »¹³²². Concluant, sur cette base, à l'existence d'une entrave, la Cour de justice, a ensuite, jugé que la protection du consommateur et la prévention de la fraude pouvaient être assurées par des mesures moins restrictives, telles qu'un étiquetage adéquat.

Même si l'arrêt de la Cour Suprême date de 1894, la jurisprudence plus récente montre que la position du juge américain n'a pas changé à cet égard : une mesure indistinctement applicable, relevant du champ de compétences des Etats, ne constitue pas une restriction contraire à la clause de commerce même si elle gêne un opérateur économique, en l'obligeant à s'adapter à différents standards.

Certes, quelques juridictions fédérales inférieures ont élargi à d'autres domaines le raisonnement développé par la Cour Suprême en matière de transport. La pratique apparaît toutefois trop sporadique pour que l'on puisse conclure à un réel élargissement de la notion d'entrave dans la jurisprudence américaine.

2. La « double charge » dans la jurisprudence des juridictions fédérales de premier ressort et d'appel

323. Face à une jurisprudence relativement confuse, les juridictions fédérales n'ont pas adopté une position uniforme¹³²³. De manière générale, il semble qu'elles aient plutôt suivi la position de la Cour Suprême, excluant l'existence d'une entrave en l'absence de toute discrimination. Aussi, existe-t-il, à notre connaissance, très peu de décisions d'inconstitutionnalité trouvant leur fondement dans l'existence de divergences législatives. Quelques arrêts peuvent, toutefois, être signalés à cet égard.

324. Peuvent, tout d'abord, être évoquées certaines affaires concernant des inspections sanitaires des produits laitiers. Aux Etats-Unis, les Etats et collectivités locales sont libres

¹³²² CJCE, *margarine*, aff. 261/81, préc., pt 13.

¹³²³ V. en ce sens C. GAGE O'GRADY, "Targeting State Protectionism...", préc., p. 581, n. 35.

d'adopter leurs propres critères sanitaires et mesures de contrôle¹³²⁴. En pratique, cependant, la plupart d'entre eux ont adopté des standards analogues, issus d'une proposition d'ordonnance élaborée par un organisme de concertation et recommandée par le service de santé publique du gouvernement fédéral¹³²⁵. Sur cette base, ils sont entrés dans des accords de réciprocité par lesquels ils reconnaissent les inspections menées par des Etats ayant adopté ces standards. Toutefois, certains Etats et certaines collectivités ont maintenu leurs propres exigences et imposé leurs propres inspections. Des producteurs de lait ont donc saisi, à différentes reprises, les juridictions, faisant valoir que la duplication des contrôles n'était pas nécessaire et entravait le commerce interétatique. Certaines Cours ont fait droit à ces demandes, estimant que, lorsque les critères sanitaires étaient équivalents, les inspections supplémentaires exercées par les administrations des Etats d'importation n'étaient pas justifiées¹³²⁶. Si le raisonnement peut être rapproché de l'analyse communautaire, il convient cependant de souligner la portée limitée de telles décisions au regard de la jurisprudence de la CJUE¹³²⁷. Dans ces espèces, les juges américains n'ont pas remis en cause la compétence des Etats d'édicter des législations sanitaires plus rigoureuses, mais uniquement de procéder à de nouvelles inspections si, sur le fond, les exigences étaient similaires.

325. L'arrêt *Bioganic Safety Brands* rendu par une *District Court* du Colorado en 2001¹³²⁸, mérite également d'être mentionné, dans la mesure où il repose clairement sur une analyse des disparités législatives. Dans cet arrêt, la *District Court* a déclaré inconstitutionnelle une réglementation de cet Etat interdisant de mentionner sur les produits contenant des pesticides que ceux-ci ne présentaient pas de danger pour les enfants (« *safe for kids* »). Il n'était pas contesté que la mesure était indistinctement applicable en droit comme en fait. Toutefois, seul

¹³²⁴ Dans les domaines dans lesquels les critères et contrôles ne sont pas fixés au niveau fédéral. Ainsi l'établissement de critères sanitaires concernant l'abattage des animaux ainsi que les inspections des installations destinées à cette activité relèvent, aux termes du *Meat Inspection Act* (21 U.S.C. §§ 678), de la fédération.

¹³²⁵ La « Grade « A » Pasteurized Milk Ordinance » (publiée sur le site web de la *U.S. Food and Drug Administration* (www.cfsan.fda.gov/~ear/pmo03.toc.html)).

¹³²⁶ V. par ex. *Dixie Dairy Co. v. City of Chicago*, 538 F.2d 1303 (7th Cir. 1976) ; *National Farmers Organization v. Commissioner of Agriculture State of Connecticut*, 711 F.2d 1156 (2nd Cir. 1983).

¹³²⁷ En résumé, il ressort de cette jurisprudence que des contrôles systématiques à la frontière ne sauraient être tolérés notamment lorsque des directives ont harmonisé les exigences sanitaires et attribué aux Etats d'origine le soin de procéder aux inspections (v. par ex. CJCE, *Simmenthal*, aff. 35/76, préc. ; CJCE, 6 octobre 1983, *Delhaize*, aff. 2/82, Rec. p. 2973 ; CJCE, 20 septembre 1988, *Moorman*, aff. 190/87, Rec. p. 4689 ; CJCE, *Deutsches Milch-Kontor I*, aff. C-426/92, préc.).

¹³²⁸ *Bioganic Safety Brands, Inc. v. Don Ament, Colorado Commissioner of Agriculture*, 174 F.Supp.2d 1168 (D. Colo. 2001).

le Colorado prévoyait une telle interdiction et la mesure obligeait l'entreprise requérante à prévoir un conditionnement spécifique pour son produit ou à renoncer au marché de cet Etat. En outre, elle l'empêchait de développer une campagne publicitaire nationale. S'appuyant sur la jurisprudence *Navajo Freightlines, Inc.*¹³²⁹, ces circonstances ont conduit le juge à constater que le commerce interétatique était substantiellement affecté et que l'Etat n'avait pas démontré la nécessité de sa réglementation.

326. Il convient, par ailleurs, de relever le cas particulier des réglementations relatives à l'Internet¹³³⁰. De nombreux Etats ont adopté des réglementations visant à contrôler le contenu des pages web, notamment lorsque celles-ci s'avéraient contraire aux bonnes mœurs. Or, l'Internet présente cette caractéristique qu'il est difficile pour l'auteur d'une page web ou l'émetteur d'un message de limiter l'accès à leur contenu sur une base géographique. C'est pourquoi, saisies de réglementations étatiques sur la question, certaines juridictions fédérales les ont déclaré contraires à la *dormant commerce clause*¹³³¹. Trois arguments ont été employés cumulativement ou alternativement à cet égard. Tout d'abord, il a été jugé que de telles lois avaient, potentiellement, un effet extra-territorial. Or, selon la jurisprudence de la Cour Suprême, un Etat ne peut appliquer ses réglementations à des transactions se déroulant entièrement en dehors de son territoire¹³³². Des juges fédéraux en ont déduit que, dans la mesure où les réglementations étatiques litigieuses étaient susceptibles de dissuader la diffusion de messages, alors même qu'il n'était pas certain qu'ils atteignent le territoire de l'Etat les ayant édictées, celles-ci étaient contraires à la Constitution¹³³³. Ensuite, l'entrave au commerce interétatique a été considérée comme disproportionnée, les bénéfices de la loi en termes de protection de la moralité étant en pratique faibles au regard des restrictions

¹³²⁹ *Navajo Freightlines*, 359 U.S. 520, préc.

¹³³⁰ V. not. dans le domaine des jeux, M. B. DUBNOFF, "State Bans on Internet Gambling May Be Unconstitutional", *Gaming L. Rev. & Econ.*, vol. 12, 2009, p. 207.

¹³³¹ L'arrêt faisant autorité en la matière est l'arrêt *American Libraries Ass'n v. Pataki*, 969 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1997). Le juge PRESKA, auteur de la décision, a été suivi par plusieurs autres juridictions fédérales de 1^{ère} instance ou d'appel : v. par ex. *ACLU v. Johnson*, 194 F.3d 1149 (10th Cir. 1999) ; *Cyberspace Communications v. Engler*, 55 F.Supp.2d 737 (E.D. Mi. 1999), *aff'd*, 238 F.3d 420 (6th Cir. 2000) ; *Cyberspace Communications, Inc. v. Engler*, 142 F.Supp. 2d 827 (E.D. Mich. 2001) ; *American Booksellers Foundation v. Dean*, 342 F.3d 96 (2nd Cir. 2003) ; *Southeastern Booksellers Association v. McMaster*, 282 F.Supp. 2d 389 (D.S.C. 2003) ; *PSINET, Inc. v. Chapman*, 362 F.3d 227 (4th Cir. 2004) (v. à propos de ces arrêts C. PANN, "The Dormant Commerce Clause and State Regulation of the Internet: Are Laws Protecting Minors From Sexual Predators Constitutionally Different Than Those Protecting Minors From Sexually Explicit Materials?", *Duke L. & Tech. Rev.*, vol. 8, 2005, p. 1).

¹³³² A ce sujet, v. not. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, § 2, B., *supra*.

¹³³³ *American Libraries Ass'n*, 174 F.Supp.2d, préc., pp. 173-177.

imposées¹³³⁴. Enfin, le risque important de disparités législatives en la matière a conduit les juges à estimer que seule la fédération était compétente pour légiférer sur la question¹³³⁵. Il s'agit donc d'un des rares domaines, à l'instar de celui des transports¹³³⁶, où des mesures non discriminatoires ont été déclarées inconstitutionnelles en raison des divergences réglementaires. Les juridictions sont même allées plus loin que la Cour Suprême dans ses arrêts relatifs au transport puisqu'elles n'ont pas établi concrètement l'existence de divergences ni démontré que les disparités gênaient en pratique les opérateurs économiques. Elles ont exclu toute compétence étatique au motif que des disparités, quel que soit leur degré, n'étaient pas acceptables en ce domaine. Cette jurisprudence, contestée par une partie de la doctrine¹³³⁷ et par certaines juridictions étatiques¹³³⁸, n'a cependant pas dissuadé les Etats de légiférer. C'est pourquoi, le législateur fédéral est intervenu pour imposer des standards communs¹³³⁹ et autoriser, dans certaines hypothèses, les Etats à maintenir leurs propres règles¹³⁴⁰.

327. Ces quelques arrêts ne remettent pas en cause la tendance générale des juridictions fédérales de première et seconde instances à exclure une violation de la *dormant commerce clause* en l'absence d'une discrimination. Ainsi, dans un arrêt de 1996, révélateur de l'approche classique des juridictions fédérales, la *District Court, Southern Division*, du Maryland a jugé qu'une réglementation indistinctement applicable du Comté de Montgomery

¹³³⁴ Les juges ne contestent pas la légitimité des réglementations visant à protéger la moralité, en particulier des mineurs (sur la justification des entraves, v. *infra*, 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1). Toutefois, comme le relève le juge PRESKA, dans l'affaire *American Libraries Ass'n*, préc., l'efficacité des mesures pour atteindre un tel objectif est douteuse, en raison notamment des difficultés que peuvent rencontrer les Etats pour poursuivre les comportements prohibés. Par contraste, l'entrave est importante puisque, ne pouvant être certains que des mineurs résidant à New York n'accéderont pas aux sites litigieux, certains émetteurs renonceront peut être à toute diffusion de leurs sites, messages, etc. et ce même si certains Etats les y autorisent (v. pp. 177-181 de l'arrêt).

¹³³⁵ V. not. *American Libraries Ass'n*, 174 F.Supp.2d, préc., pp. 181-183.

¹³³⁶ Le juge PRESKA fait d'ailleurs l'analogie entre les deux domaines, estimant qu'il s'agit dans chaque cas de moyens de communication qui, s'ils sont soumis à des législations divergentes, sont substantiellement entravés (*American Libraries Ass'n*, 174 F.Supp.2d, préc., pp. 181-183).

¹³³⁷ V. par ex. J. L. GOLDSMITH and A. O. SYKES, "The Internet and the Dormant Commerce Clause", *Yale L.J.*, vol. 110, 2001, p. 785.

¹³³⁸ V. à propos de la jurisprudence étatique, C. PANN, "The Dormant Commerce Clause and State Regulation of the Internet...", préc., §§ 23-37.

¹³³⁹ V. par ex. le Telecommunications Act de 1996 (47 U.S.C. §254) et le Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act de 2003 (15 U.S.C. §§ 7701).

¹³⁴⁰ V. à ce propos *Wwc Holding Co. v. Sopkin*, 488 F.3d 1262 (10th Cir. 2007). Sur la faculté du Congrès d'autoriser les Etats à adopter ou maintenir des réglementations *a priori* contraires à la *dormant commerce clause*, v. 2^{ème} partie, titre 1, chapitre 2, section 1, *infra*.

relative à la publicité postale ne violait pas la *clause de commerce*. Les requérantes faisaient valoir que les divergences réglementaires en ce domaine entravaient le commerce interétatique. La Cour n'a examiné que superficiellement cet argument, estimant qu'en l'absence de discrimination ou d'un obstacle substantiel – analogue à celui de l'affaire *Navajo Freightlines, Inc.*¹³⁴¹ – le recours devait être rejeté.

328. Aussi, l'examen de la jurisprudence des juridictions fédérales de première instance et d'appel fait clairement apparaître que, dans la plupart des cas, ni les difficultés d'adaptation, ni les coûts de mise en conformité ne constituent des motifs valables d'invalidation d'une mesure au regard de la clause de commerce. Comme l'a relevé la Cour d'appel du 7^{ème} circuit en 1976, « *les dépenses supplémentaires pour les [entreprises] interétatiques engendrées par la mise en conformité avec la réglementation ne justifie par qu'une Cour l'invalide* »¹³⁴². Par ailleurs, des interdictions de commercialisation de marchandises ont été régulièrement validées par ces juridictions sans que soient examinés l'impact sur les importations et la nécessité de ces mesures¹³⁴³.

329. Ce n'est donc que dans des circonstances exceptionnelles qu'une mesure indistinctement applicable, en raison de ses divergences avec d'autres réglementations, est déclarée inconstitutionnelle. Si l'on tente de procéder à un bilan, deux cas de figure émergent : dans le premier cas, l'Etat en cause est le seul à avoir adopté la réglementation litigieuse ; dans le second cas, il est strictement impossible pour les entreprises de se conformer aux différentes réglementations, de telle sorte qu'elles sont obligées de renoncer à certains marchés. Toutefois, la généralisation est délicate et il est difficile de dépasser l'approche au cas par cas pour déterminer si une mesure entrave substantiellement le commerce interétatique aux Etats-Unis.

330. La théorie de la double charge, si elle a une valeur explicative certaine dans l'Union

¹³⁴¹ Le juge note que, dans l'affaire *Navajo Freightlines*, trois éléments démontraient l'existence d'une entrave substantielle : 1) l'absence de danger pour la sécurité des camions interdits à la circulation ; 2) les coûts substantiels pour les transporteurs résultant de l'entrave ; 3) le risque d'une augmentation des accidents. Or, en l'espèce, la requérante a seulement indiqué que d'autres comtés avaient adopté une réglementation différente. Pour le juge cette assertion n'est pas suffisante pour prouver l'obstacle au commerce interétatique.

¹³⁴² *Dixie Dairy Co.*, 538 F.2d, préc., p. 107. V. également *American Meat Institute v. Ball*, 520 F. Supp. 929, 935 (W.D. Michigan 1981).

¹³⁴³ V. par ex. *National Paint*, 45 F.3d 1124, préc. (interdiction de vendre tout spray de peinture ou de marqueurs indélébiles dans la ville de Chicago en vue de lutter contre les graffitis. En l'espèce, la Cour refuse d'appliquer l'arrêt *Pike* en l'absence de discrimination. Aussi n'envisage-t-elle ni le degré de l'entrave ni les justifications de l'Etat) ; *Cavel International v. Lisa Madigan*, 500 F.3d 551 (7th Cir. 2007) (interdiction d'abattre des chevaux destinés à la consommation humaine ainsi que d'importer ou d'exporter leur viande. En l'espèce, la Cour se contente de constater que la mesure poursuit un objectif légitime sans examiner le degré de l'entrave).

européenne, n'a donc qu'une portée très limitée aux Etats-Unis.

331. Cette théorie ne permet, cependant, pas d'appréhender toutes les entraves à la libre circulation. D'autres outils conceptuels sont nécessaires pour expliquer certaines décisions juridictionnelles. Dans l'Union européenne, la théorie de l'accès au marché a permis de systématiser, en grande partie, la jurisprudence de la Cour de justice. En revanche, cette notion n'apparaît guère dans les arrêts américains, même si la doctrine de la *due process clause* permet d'opérer un certain rapprochement entre les jurisprudences communautaire et américaine.

Section 2 – Théorie de l'accès au marché

332. Selon le professeur KITCH, « *les Etats-Unis et le marché commun* [de l'Union européenne] *partagent un attachement commun aux principes de non discrimination et de libre accès* »¹³⁴⁴. Il est vrai que, dans l'arrêt *H.P. Hood*, la Cour Suprême a affirmé que « [n]otre système, promu par la clause de commerce, est que chaque fermier et chaque artisan devrait être encouragé à produire par la certitude qu'il aura un accès libre à chaque marché de la Nation »¹³⁴⁵. Toutefois, elle est loin d'avoir donné à cette idée la portée que lui a conférée la Cour de justice. La préoccupation principale de la Cour Suprême a, en effet, davantage porté sur l'égal accès aux marchés que sur l'ouverture de ceux-ci¹³⁴⁶. C'est pourquoi, la théorie de l'accès au marché, tel que développée par les juges du Kirchberg (§2), ne semble trouver qu'un écho éloigné aux Etats-Unis (§1).

§1. Un critère peu significatif aux Etats-Unis

333. La formule de l'arrêt *H.P. Hood* ne s'est pas traduite, dans la jurisprudence de la Cour

¹³⁴⁴ E. KITCH, "Business Organization Law: State or Federal?...", *op. cit.*, p. 38.

¹³⁴⁵ *H.P. Hood and Sons*, 336 U.S., préc., p. 539. La formule a été rappelée à quelques reprises (v. par ex. *Alexandria Scrap Corp.*, 426 U.S., préc., p. 808 ; *West Lynn Creamery, Inc.*, 512 U.S., préc., p. 207), sans que lui soit assignée une portée concrète.

¹³⁴⁶ V. not. *Heald*, 544 U.S. 460, préc.

Suprême, par l'élaboration d'un critère spécifique de l'accès au marché. Le terme apparaît rarement, la Cour se concentrant sur la détection du protectionnisme et de la discrimination. L'idée d'un accès libre aux marchés des Etats n'est, cependant, pas totalement absente des décisions des juridictions fédérales. Elle apparaît de manière relativement confuse dans certaines affaires et témoigne des ambiguïtés de la Cour quant à l'objectif poursuivi par la *dormant commerce clause*. Dans de nombreux arrêts, les juges ont rattaché la clause à l'interdiction du protectionnisme¹³⁴⁷. Dans d'autres arrêts, en revanche, ils ont considéré que la clause de commerce avait pour objectif de créer un espace de libre-échange¹³⁴⁸. La différence entre ces langages est certes ténue et la Cour semble avoir largement assimilé les deux formules. Toutefois, et comme le montre le professeur DENNING, la seconde formule révèle davantage une vision libérale de l'économie et devrait impliquer, en principe, un contrôle plus étroit des économies étatiques¹³⁴⁹. Alors que l'interdiction du protectionnisme suppose seulement l'égalité de traitement sur le marché, l'idée de libre-échange comprend une certaine liberté, pour les opérateurs économiques, de choisir les marchés sur lesquels ils s'établissent sans que les Etats ne faussent, outre mesure, ce choix. Or, il semble que la Cour, tout en témoignant davantage son attachement à la première de ces conceptions, ait, parfois, été tentée de mettre en œuvre la seconde.

334. Déjà, dans l'arrêt *Freeman v. Hewit*, la Cour, en exposant l'idée d'un espace de libre-échange, en avait tiré la conclusion que « *la limitation au pouvoir des Etats [...] n'interdit pas seulement à un Etat de traiter différemment le commerce interétatique par une action hostile. Il est également interdit à un Etat d'adopter toute action qui pourrait être raisonnablement considérée comme ayant pour effet de gêner le libre flux du commerce entre les Etats. Il est indifférent que le commerce local soit également sujet à une gêne similaire* »¹³⁵⁰. Cette

¹³⁴⁷ *Seelig*, 294 U.S., préc., p. 527: « *ce qui est ultime est le principe qu'un Etat, dans ses rapports avec les autres, ne peut se placer dans une position d'isolement économique* » ; *Hughes*, 441 U.S. 322, préc. : « *les termes de la clause de commerce [reflète] la raison centrale des fondateurs pour convoquer la Convention Constitutionnelle : la conviction que, pour réussir, la nouvelle Union devrait éviter les tendance à la Balkanisation de l'économie qui avait corrompu les relations entre les colonies et ultérieurement entre les Etats [...]* ».

¹³⁴⁸ V. par ex. *Freeman v. Hewit*, 329 U.S. 249, 252 (1946) : « *la clause de commerce [...] a créé un espace de libre échange exempt de toute interférence des Etats* » ; *Dilworth Co.*, 322 U.S., préc., p. 330 : « *l'objectif de la clause de commerce était de créer un espace de libre échange entre les Etats* », repris par *Great Atlantic & Pac. Tea Co.*, 424 U.S., préc., p. 370 ; *Boston Stock Exchange*, 429 U.S., préc., p. 328 ; *Armco, Inc.*, 467 U.S., préc., p. 642 ; *Associated Industries of Mo.*, 511 U.S., préc., p. 650.

¹³⁴⁹ V. B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", préc., pp. 479 et s.

¹³⁵⁰ *Freeman v. Hewit*, 329 U.S., préc., p. 252.

formule laissait largement entendre que l'absence de discrimination n'était pas suffisante pour exclure l'existence d'une entrave. Les conséquences de cette proposition ne sauraient cependant être surestimées : la Cour a, dans cet arrêt, appliqué les tests classiques de l'époque concernant les entraves fiscales¹³⁵¹, tests devenus caducs depuis l'arrêt *Complete Auto Transit, Inc.*¹³⁵².

335. Toutefois, quelques arrêts manifestent l'idée que les Etats ne sauraient fermer, outre mesure, leur marché.

Dans l'arrêt *C&A Carbone, Inc.*¹³⁵³, en particulier, la Cour a jugé qu'une ordonnance municipale attribuant à une société un monopole pour le traitement des déchets et obligeant toute entreprise locale à livrer ses déchets à cette société privait les entreprises d'autres Etats de l'accès au marché local et a conclu à une violation de la clause de commerce. Certes, l'analyse repose essentiellement sur l'identification d'une discrimination : en concédant un monopole, la commune excluait du marché toutes les entreprises, et notamment les entreprises non étatiques. La Cour ne rompt donc pas avec son approche traditionnelle. La qualification de discrimination dans cette affaire, basée sur la fermeture du marché, a pu, cependant, susciter la perplexité de certains juges ainsi que de la doctrine¹³⁵⁴. En effet, la mesure défavorisait de la même manière les entreprises étatiques et les entreprises non étatiques puisqu'une seule entreprise bénéficiait de l'ordonnance. C'est pourquoi, l'opinion dissidente a rappelé que, en vertu de la jurisprudence de la Cour, seules les « *mesures adoptées en vue d'améliorer la position concurrentielle des acteurs économiques locaux par rapport à leurs concurrents étrangers* »¹³⁵⁵ étaient interdites par la clause de commerce. En rajoutant que la Constitution ne « *protège[ait] pas autrement l'accès aux marchés locaux* »¹³⁵⁶, elle a tenu à préciser les limites du concept d'accès au marché. Or, cette conception de l'opinion dissidente

¹³⁵¹ Elle a jugé en l'espèce qu'une taxe de l'Indiana sur la vente, à New York, de titres appartenant à un trust établi dans l'Indiana, constituait une entrave directe au commerce interétatique et était donc inconstitutionnelle.

¹³⁵² *Complete Auto*, 430 U.S. 274, préc. V. *supra*, titre 1, chapitre 1, section 2, § 2, A.

¹³⁵³ *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S. 383, préc.

¹³⁵⁴ V. not. L. HEINZERLING, "The Commercial Constitution", préc. ; P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", préc., pp. 469-477. D'autres auteurs, en revanche, estiment que la décision est justifiée sur le fond, tout en regrettant l'analyse employée (v. not. C. GAGE O'GRADY, "Targeting State Protectionism...", préc., pp. 603 et s.).

¹³⁵⁵ *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S., préc., p. 417.

¹³⁵⁶ *Id.*

trouve un fondement solide dans la jurisprudence antérieure. Dans les arrêts *Exxon*¹³⁵⁷ et *CTS Corp.*¹³⁵⁸, la Cour avait clos les prétentions des entreprises en indiquant que « *la clause protège le marché interétatique, et non des entreprises interétatiques en particulier* »¹³⁵⁹. Autrement dit, la clause de commerce ne garantit pas un quelconque droit d'accéder au marché¹³⁶⁰ mais assure seulement un accès égal à ce marché. L'opinion dissidente dans l'arrêt *C&A Carbone* en tire la conclusion que « *[l]e seul droit à la concurrence qui est protégé est celui de se faire concurrence en des termes indépendants de la localisation [des entreprises]* »¹³⁶¹.

Ce sont surtout les conséquences de l'arrêt qui ont retenu l'attention : en se fondant sur une conception particulièrement large de la discrimination, l'opinion majoritaire a, de manière inédite, interdit à une collectivité d'attribuer un monopole¹³⁶². Or, pour les juges SOUTER, REHNQUIST et BLACKMUN, ainsi que pour certains auteurs, cette décision relève davantage d'une volonté d'assurer une libre concurrence sur le marché et une allocation efficiente des activités entre les Etats – autrement dit, de permettre aux entreprises d'entrer sur le marché à leur guise – que du souci d'assurer un traitement égal des entreprises¹³⁶³. On a donc pu reprocher à l'opinion majoritaire de renouer, d'une certaine manière, avec la jurisprudence *Lochner*¹³⁶⁴, par laquelle elle avait imposé sa vision libérale de l'économie¹³⁶⁵.

336. Cette déviation dans la qualification de la discrimination apparaît avec davantage d'acuité lorsqu'on procède à une comparaison avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière a toujours retenu une définition large de la

¹³⁵⁷ *Exxon Corp.*, 437 U.S. 117, préc.

¹³⁵⁸ *CTS Corp.*, 481 U.S. 69, préc.

¹³⁵⁹ *Exxon Corp.*, 437 U.S., préc., pp. 127-128 ; *CTS Corp.*, 481 U.S., préc., pp. 93-94. Pour une application de cette règle par les juridictions fédérales, v. not. *International Truck and Engine Corp. v. Brett Bay*, 372 F.3d 717 (5th Cir. 2004) ; *National Ass'n of Optometrists & Opticians*, 682 F.3d 1144, préc.

¹³⁶⁰ V. R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., p. 46. Pour le professeur COLLINS, la clause règle les rapports entre les Etats et entre les Etats et la fédération et ne saurait être lue comme attributive d'un droit au profit des opérateurs économiques.

¹³⁶¹ *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S., préc., p. 425.

¹³⁶² Déjà saisie par le passé de réglementations attribuant un monopole, la Cour avait conclu à leur constitutionnalité (par ex. *the Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873) : conformité d'un monopole aux 13^{ème} et 14^{ème} amendement ; *Gardner v. Michigan*, 199 U.S. 325 (1905) : conformité d'un monopole au 14^{ème} amendement).

¹³⁶³ *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S., préc., pp. 424-425 ; L. HEINZERLING, "The Commercial Constitution", préc., p. 230 ; B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", préc., p. 473.

¹³⁶⁴ *Lochner*, 198 U.S. 45, préc. A propos de cet arrêt, v. *infra*, chapitre 3 du présent titre.

¹³⁶⁵ V. B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", préc., p. 475.

discrimination¹³⁶⁶. Pourtant, elle n'a jamais considéré que l'attribution d'un monopole constituait *per se* une discrimination¹³⁶⁷, se plaçant davantage sur le terrain de l'entrave non discriminatoire¹³⁶⁸.

337. Cette jurisprudence, sans doute en raison de son caractère inhabituellement libéral, a été substantiellement circonscrite en 2007. Dans l'arrêt *United Haulers*¹³⁶⁹, la Cour Suprême était saisie d'une mesure analogue à celle contestée dans l'arrêt *C&A Carbone*. La seule différence entre les deux réglementations résidait dans le titulaire du monopole : alors qu'en 1994, l'ordonnance avait attribué un monopole à une entreprise privée, la réglementation litigieuse, dans l'arrêt de 2007, avait attribué ce monopole à une entreprise publique. Ce facteur a suffi pour que la Cour déclare la mesure conforme à la Constitution. L'opinion majoritaire a, en effet, estimé qu'une entreprise publique n'était pas dans une position similaire à celle des entreprises privées, notamment en ce qu'elle poursuivait des objectifs de nature non économique, telle la protection de la santé des citoyens¹³⁷⁰. Elle a donc exclu que la mesure soit discriminatoire en l'espèce et rejeté le recours.

338. La distinction opérée entre les entreprises privées et les entreprises publiques dans cette affaire apparaît bien formelle¹³⁷¹, d'autant que, comme le souligne l'opinion dissidente, le centre de traitement des déchets géré par une entreprise privée dans l'affaire *C&A Carbone*

¹³⁶⁶ V. titre 1, chapitre 1, section 2, §1 de la présente partie, *supra*.

¹³⁶⁷ V. par ex. CJCE, 21 septembre 1999, *Lääriä*, aff. C-124/97, *Rec.* p. I-6067, pt 28. En revanche, les modalités d'attribution d'un droit exclusif ont pu être jugées discriminatoires en l'absence de procédure préalable de mise en concurrence (v. par ex. CJCE, 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, aff. C-220/06, *Rec.* p. I-12175). Par ailleurs, si l'attribution d'un monopole empêche l'importation ou l'exportation de marchandises, il est, sauf justification, contraire aux dispositions du traité (v. par ex. CJCE, *Fabricants raffineurs d'huile de graissage c/ Inter-Huiles*, aff. 172/82, *préc.* ; CJCE, *Dusseldorp*, aff. C-203/96, *préc.*).

¹³⁶⁸ Par essence, un droit exclusif empêche les autres entreprises d'accéder au marché. La Cour apprécie donc la nécessité et la proportionnalité d'un tel droit et le juge tantôt contraire aux articles 49 et 56 TFUE (v. par ex. CJCE, 25 juin 2009, *Commission c/ Autriche*, aff. C-356/08, *Rec.* p. I-100* (pub. somm.)), tantôt conforme (v. par ex. CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-7633). Elle contrôle également les modalités d'attribution ainsi que le respect des règles de concurrence (v. à ce propos B. J. DRIJBER, « Les services d'intérêt économique général et la libre prestation des services », in J.-V. LOUIS et S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 65, *spéc.* p. 78-79).

¹³⁶⁹ *United Haulers Assn*, 550 U.S. 330, *préc.*

¹³⁷⁰ *United Haulers Assn*, 550 U.S., *préc.*, pp. 342-343. V. à ce propos, titre 1, chapitre 1, section 2, §1, A de la présente partie, *supra*.

¹³⁷¹ V. en ce sens N. R. WILLIAMS and B. P. DENNING, "The "New Protectionism"...", *préc.*, p. 247. V. en particulier les développements pp. 280 et s.

était destiné à être racheté par la municipalité¹³⁷². Aussi, a-t-on le sentiment que l'opinion majoritaire a davantage voulu revenir sur une jurisprudence dont les implications contrastaient singulièrement avec la position traditionnelle de la Cour Suprême. En ce sens, le professeur DENNING estime que la Cour avait, dans l'arrêt *C&A Carbone*, assigné à la clause de commerce une fonction de libéralisation des échanges qui ne lui revenait pas. Tout en regrettant le raisonnement employé par l'opinion majoritaire dans l'arrêt *United Haulers*, il juge le revirement justifié sur le fond. En effet, selon lui, l'attribution d'un monopole pour l'exercice d'une activité économique ne menace pas les valeurs défendues par la *dormant commerce clause*, c'est-à-dire la lutte contre le protectionnisme et la protection de l'Union¹³⁷³.

339. Hormis le cas particulier de l'affaire *C&A Carbone*, la jurisprudence de la Cour Suprême enseigne qu'en l'absence de discrimination, les Etats sont totalement libres de réglementer l'accès à leur marché¹³⁷⁴, ce qui implique la possibilité de restreindre cet accès, voire de l'interdire. Ainsi, dans l'affaire *Exxon*¹³⁷⁵, les juges ont déclaré conforme à la Constitution une réglementation imposant aux compagnies pétrolières de sortir du marché des stations-service dans l'Etat du Maryland. Dans l'arrêt *Clover Leaf Creamery*¹³⁷⁶, ce sont les producteurs de bouteilles de lait en plastique qui ont dû renoncer au marché du Minnesota.

340. Si l'on examine la jurisprudence des juridictions inférieures, on s'aperçoit que celle-ci ont largement suivi la position restrictive de la Cour Suprême. Lorsque les Cours sont amenées à envisager l'accès au marché, elle rejette le plus souvent les arguments des parties, en raison de l'absence de discrimination. Aussi, le fait qu'une entreprise renonce à investir un marché, autrement dit, et pour reprendre le vocable communautaire, soit découragée de faire usage de son droit à la libre circulation, ne constitue pas une barrière inconstitutionnelle au

¹³⁷² *United Haulers Assn*, 550 U.S., préc., p. 358.

¹³⁷³ V. B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", préc., pp. 511-514.

¹³⁷⁴ *A contrario*, les réglementations discriminatoires empêchant les entreprises étrangères d'accéder au marché sont contraires à la clause de commerce (v. par ex. *BT Inv. Managers, Inc.*, 447 U.S. 27, préc., à propos d'une réglementation de l'Etat de Floride interdisant aux « holdings » non établies sur son territoire de posséder ou contrôler une société d'investissement ou de conseils).

¹³⁷⁵ *Exxon Corp.*, 437 U.S. 117, préc.

¹³⁷⁶ *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456, préc.

commerce interétatique¹³⁷⁷. De même, les obstacles formels à l'accès au marché, tels que l'exigence d'obtenir une licence pour exercer une activité, ne sont pas considérés comme contraires à la clause de commerce dès lors qu'ils concernent, de la même manière, les opérateurs étatiques et les opérateurs non étatiques¹³⁷⁸. Dans un arrêt de 2009, la Cour d'appel du 4^{ème} circuit a ainsi déclaré conforme à la Constitution une loi du Maryland prévoyant une licence pour détenir un établissement funéraire et exigeant que les titulaires de la licence soient des personnes physiques¹³⁷⁹. Les requérants faisaient explicitement valoir que la mesure constituait, pour les personnes morales, « une barrière substantielle à l'entrée » sur le marché¹³⁸⁰. La Cour a observé que l'entrée sur le marché n'était limitée que par les choix des requérants, qui refusaient de détenir personnellement la licence et préféraient se constituer sous la forme de sociétés¹³⁸¹. Constatant que la mesure n'était pas discriminatoire, elle a conclu que l'« obstacle » dont se plaignaient les requérantes ne relevait pas de la clause de commerce¹³⁸².

341. De manière exceptionnelle, un obstacle réel à l'entrée sur le marché a pu être qualifié d'entrave et condamné lorsqu'il se révélait excessif par rapport à l'objectif recherché. Par exemple, dans un arrêt de 2005, la Cour d'appel du 4^{ème} circuit a condamné une réglementation de l'Etat de Virginie relative à l'attribution des licences pour exploiter une concession de motocyclettes¹³⁸³. Celle-ci prévoyait la possibilité pour les vendeurs de motocyclettes déjà établis sur son territoire d'indiquer, lors de la procédure d'examen d'une demande de licence, leur opposition au projet d'ouverture d'une nouvelle concession. Les

¹³⁷⁷ V. par ex. *Orson, Inc. v. Miramax Film, Corp.*, 983 F. Supp. 624, 632 (E.D. Pennsylvania 1997). En l'espèce, était contestée une réglementation de l'Etat de Pennsylvanie qui obligeait les distributeurs de films, passé un délai de 42 jours après la sortie d'un film, à autoriser la diffusion de ce film dans des cinémas avec lesquels ils n'avaient pas conclu d'accord de distribution. Les entreprises faisaient notamment valoir qu'une telle mesure était susceptible de dissuader un distributeur de diffuser ses films dans cet Etat. Pour le juge, la circonstance qu'une mesure décourage un opérateur économique d'accéder au marché n'est pas suffisante pour caractériser une violation de la *dormant commerce clause*.

¹³⁷⁸ V. par ex. *Locke v. Shore*, 634 F.3d 1185 (11th Cir. 2011).

¹³⁷⁹ *Brown v. Hovatter*, 561 F.3d 357 (4th Cir. 2009).

¹³⁸⁰ V. p. 361 de l'arrêt.

¹³⁸¹ V. p. 364 de l'arrêt.

¹³⁸² V. p. 365 de l'arrêt. Dans l'UE, l'exigence d'une forme juridique particulière constitue une restriction à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement qui peut, dans certain cas, être justifiée (v. par ex. CJCE, 15 janvier 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-439/99, *Rec.* p. I-305 ; CJUE, 9 septembre 2010, *Engelmann*, aff. C-64/08, *Rec.* p. I-8219, pt 28 ; CJUE, 30 juin 2011, *Commission c/ Belgique*, aff. C-397/10 (non encore publié au recueil). V. également l'article 15 de la directive « services » (directive 2006/123, *préc.*)).

¹³⁸³ V. *Yamaha Motor Corp. v. Jim's Motorcycle Inc.*, 401 F.3d 560, *préc.*

autorités devaient alors entendre chaque partie et pouvaient refuser d'attribuer la licence s'il était démontré que le marché était déjà adéquatement servi. La mesure visait à protéger les concessionnaires des constructeurs de motocyclettes, susceptibles d'autoriser l'ouverture de nouvelles concessions pour affaiblir la position des concessionnaires déjà présents sur le marché. Des législations de ce type avaient déjà été jugées conformes à la Constitution lorsque la possibilité de s'opposer à l'attribution de licences était limitée territorialement au marché géographique du vendeur déjà établi¹³⁸⁴. En l'espèce, toutefois, la réglementation litigieuse offrait un tel recours quel que soit le lieu d'établissement projeté dans l'Etat, permettant ainsi aux vendeurs déjà établis d'échapper à toute concurrence. La Cour d'appel a jugé qu'une telle barrière à l'entrée était excessive et a donc déclaré la mesure contraire à la clause de commerce. Il s'agit donc d'un de ces rares cas où le cloisonnement du marché a été jugé tel que l'absence de discrimination ou d'intention protectionniste n'a pas suffi à sauver la réglementation. Ceci dit, la position de la juridiction apparaît prudente si on la compare à la position de la Cour de justice dans des affaires aux problématiques similaires. Non seulement les Etats de l'Union européenne ne peuvent, en principe, subordonner l'autorisation d'exercer une activité économique à la démonstration d'un besoin économique ou social et, ainsi, limiter par avance le nombre de prestataires¹³⁸⁵, mais il leur est encore davantage interdit de prendre leur décision au regard de la position des concurrents déjà présents sur le marché, en vertu d'une lecture combinée des articles 4, §3 TUE, 101 et 102 TFUE¹³⁸⁶, d'une part, et des dispositions relatives aux libertés de circulation, d'autre part¹³⁸⁷.

342. Malgré les ambiguïtés de certains arrêts et quelques affaires exceptionnelles, il apparaît clairement que la clause de commerce n'a pas pour objet de protéger l'accès au marché des Etats. Par contraste, la Cour de justice a estimé, sur le fondement du traité, que les Etats ne

¹³⁸⁴ *New Motor Vehicle Bd. v. Orrin W. Fox Co.*, 439 U.S. 96 (1978).

¹³⁸⁵ CJCE, 15 juin 2006, *Commission c/ France*, aff. C-255/04, *Rec.* p. I-5251 ; CJCE, *Hartlauer*, aff. C-169/07, *préc.* V. également l'article 14, 5) de la directive « services » (directive 2006/123, *préc.*).

¹³⁸⁶ En matière d'abus de position dominante, v. par ex. CJCE, 1^{er} juillet 2008, *MOTOE*, aff. C-49/07, *Rec.* p. I-4863 (violation des articles 102 et 106 TFUE). En matière d'ententes, il est interdit aux Etats de déléguer aux opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention économique (v. par ex. CJCE, *Van Eycke*, aff. 267/86, *préc.*, pt 16).

¹³⁸⁷ V. par ex. CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-439/99, *préc.*, pt 39 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Yellow Cab*, aff. C-338/09, *Rec.* p. I-13927 ; CJUE, 24 mars 2011, *Commission c/ Espagne*, aff. C-400/08, *Rec.* p. I-1915. V. également la directive « services » qui interdit aux Etats de subordonner l'accès à une activité de services ou son exercice à « l'intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents, y compris au sein d'organes consultatifs, dans l'octroi d'autorisations ou dans l'adoption d'autres décisions des autorités compétentes [...] » (article 14, 6)).

sauraient empêcher ou gêner l'accès à leur marché.

§2. Un critère généralisé dans l'Union européenne

343. Apparue dans l'arrêt *Keck et Mithouard*¹³⁸⁸, en tant que justification de la distinction entre les conditions relatives aux caractéristiques des produits et les modalités de vente¹³⁸⁹, la théorie de l'accès au marché a progressivement acquis le statut de critère de qualification de l'entrave dans tous les domaines du marché intérieur. Si elle n'est pas mentionnée dans tous les arrêts de la Cour, elle semble toutefois, rétrospectivement, pouvoir expliquer la quasi-intégralité de la jurisprudence communautaire. La portée du concept est cependant incertaine¹³⁹⁰. D'une part, les juges de Luxembourg n'y ont recouru que de manière ponctuelle, même si l'on assiste ces derniers temps à une certaine systématisation¹³⁹¹. D'autre part, le degré de fermeture du marché requis pour conclure à l'existence d'une entrave semble diverger selon la liberté de circulation invoquée¹³⁹². En matière de libre circulation des marchandises, la Cour exige que l'accès au marché soit empêché ou rendu moins accessible pour les produits importés. En revanche, en matière de libre circulation des personnes et des services, une simple gêne apparaît, dans certains cas, suffisante. Il convient donc d'envisager la mise en œuvre de ce critère dans le cadre de la libre circulation des marchandises (A), puis dans le cadre la libre circulation des personnes (B) et d'examiner, enfin, si les analyses divergent véritablement selon la liberté de circulation affectée (C).

¹³⁸⁸ CJCE, *Keck et Mithouard*, aff jtes C-267 et 268/91, préc.

¹³⁸⁹ V. chapitre 1, section 1, §1, A du présent titre, *supra*.

¹³⁹⁰ C. BARNARD and S. DEAKIN, "Market access and Regulatory Competition", *op. cit.*, p. 213. Certains auteurs ont parlé de concept nébuleux (v. P. OLIVER and S. ENCHELMAIER, "Free Movement of Goods : Recent developments in the Case-Law", *CML Rev.*, 2007, p. 649, *spéc.* p. 674). Pour le professeur SNELL, le test de l'accès au marché relève essentiellement de l'intuition de la Cour (J. SNELL, "The notion of market access: A concept or a slogan?", *CML Rev.*, vol. 47, 2010, p. 437).

¹³⁹¹ V. par ex. CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc. ; CJUE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-400/08, préc. (en matière d'établissement et de services) ; CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, préc. (en matière de marchandises).

¹³⁹² En ce sens, v. not. C. BARNARD and S. DEAKIN, "Market access and Regulatory Competition", *op. cit.*, pp. 204 et s.

A. L'accès des marchandises au marché national

344. Aux termes de la jurisprudence *Keck et Mithouard*, les modalités de vente neutres dans leurs effets à l'égard des opérateurs et des produits échappent à la qualification d'entrave car elles n'empêchent pas l'accès des produits importés au marché et ne gênent pas cet accès davantage que celui des produits nationaux. *A contrario*, une mesure empêchant ou défavorisant cet accès pour les seuls produits importés constitue une restriction au commerce intracommunautaire que l'Etat doit justifier.

345. Appréhender le concept d'entrave sous cet angle implique, tout d'abord, de traiter la présomption posée par l'arrêt comme une présomption simple¹³⁹³ : dès lors qu'il est démontré qu'une modalité de vente empêche ou gêne davantage l'accès au marché des produits importés, elle doit être qualifiée d'obstacle, nonobstant son objet (1). Cela implique également qu'une mesure qui ne peut être classée dans l'une ou l'autre des deux catégories identifiées par l'arrêt soit néanmoins appréciée à l'aune du critère de l'accès au marché pour déterminer si elle constitue une entrave. Or, il nous semble que la jurisprudence de la Cour de justice, tant antérieure que postérieure à l'arrêt de 1993, correspond relativement bien à ce schéma, même si quelques arrêts des années 1980 et du début des années 1990 échappent à une telle logique. Les décisions plus récentes confirment une telle approche. Ainsi, dans l'arrêt *Commission c/ Italie* du 10 février 2009, suivi de manière constante depuis cette date¹³⁹⁴, la Cour, indique que, outre les mesures discriminatoires ainsi que les mesures indistinctement applicables relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises, sont à considérer comme des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation « toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un Etat membre des produits originaires d'autres Etats membres »¹³⁹⁵ (2).

1. Modalités de vente et absence d'effet restrictif : une présomption simple

346. En indiquant, dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, que les réglementations indistinctement

¹³⁹³ V. en ce sens, les conclusions de l'avocat général FENNELLY sous l'arrêt *Graf*. Il faut, selon lui, que « dans des cas concrets, la validité de la présomption puisse être testée par rapport au critère d'accès au marché qui le sous-tend [...] » (CJCE, *Graf*, aff. C-190/98, préc., pt 19).

¹³⁹⁴ V. V. par ex. CJCE, 4 juin 2009, *Mickelsson et Roos*, aff. C-142/05, *Rec.* p. I-4273 ; CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-100/08, préc. ; CJUE, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, préc. ; CJUE, *Ascafor et Asidac*, aff. C-484/10, préc.

¹³⁹⁵ CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, préc., pt 37.

applicables des modalités de vente des marchandises n'entravaient pas la libre circulation intracommunautaire, la Cour a suscité un certain nombre d'interrogations et de critiques.

347. La première interrogation a concerné la distinction entre les deux catégories de mesures identifiées par la Cour dans l'arrêt du 24 octobre 1993. La Cour n'a en effet pas proposé de définition des modalités de vente et certaines mesures ont pu susciter des difficultés de qualification¹³⁹⁶. La jurisprudence ultérieure laisse néanmoins apparaître qu'on ne peut classer de manière abstraite un type de réglementations dans l'une ou l'autre des catégories. Comme l'a indiqué par la suite la Cour, « *constitue une modalité de vente [...] une réglementation [...] qui a pour effet de limiter la liberté commerciale des opérateurs économiques sans porter sur les caractéristiques des produits visés eux-mêmes. Ainsi la nécessité d'adapter les produits en questions aux règles en vigueur dans l'Etat membre de commercialisation exclut qu'il s'agisse d'une telle modalité* »¹³⁹⁷. Aussi, la notion de modalité de vente se définit d'abord de manière négative – par opposition aux caractéristiques des produits – et compte tenu, non de son objet, mais de ses effets. Autrement dit, ne constitue pas une modalité de vente une mesure imposant une modification du produit¹³⁹⁸. Par exemple, une méthode de promotion de vente semble constituer, *a priori*, une modalité de vente. Toutefois, à chaque fois qu'une mesure réglementant une méthode de promotion oblige le producteur à modifier son produit, et notamment, sa présentation, elle constitue une entrave. Ainsi, lorsqu'une publicité est directement incorporée au produit, un Etat ne peut l'interdire sans justifier de ses motivations¹³⁹⁹. Par ailleurs, une mesure ayant pour effet d'augmenter le coût des marchandises importées ne saurait davantage être qualifiée de modalité de vente¹⁴⁰⁰.

A contrario, on ne saurait automatiquement qualifier une mesure de modalité de vente parce

¹³⁹⁶ V. not. CJCE, *Franzén*, aff. 189/95, préc. (à propos d'une réglementation réservant l'importation de boissons alcoolisées aux titulaires d'une licence).

¹³⁹⁷ CJCE, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, préc., pt 31. V. également CJCE, *Colim*, aff. C-33/97, préc., pt 37.

¹³⁹⁸ CJCE, *Radlberger & Spitz*, aff. C-309/02, préc., pt 71 ; CJCE, *Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos*, aff. jtes C-158 et 159/04, préc. (à propos d'une réglementation soumettant la vente de pains précuits, congelés puis réchauffés au point de vente aux mêmes exigences que celles applicables au procédé complet de fabrication et de commercialisation du pain. Ces exigences ont trait au processus de fabrication du pain et engendrent des coûts supplémentaires. Dès lors, elles ne peuvent être qualifiées de modalités de vente).

¹³⁹⁹ CJCE, *Mars*, aff. C-470/93, préc. De même, un Etat ne saurait prohiber la commercialisation sur son territoire d'un magazine contenant des jeux assortis de gains, dans la mesure où l'éditeur ne pourrait poursuivre la vente dans cet Etat qu'au prix d'une adaptation de sa publication (CJCE, *Familiapress*, aff. C-368/95, préc.).

¹⁴⁰⁰ CJCE, *Franzén*, aff. 189/95, préc. (à propos d'une réglementation réservant l'importation de boissons alcoolisées aux titulaires d'une licence, l'obtention et le maintien de cette licence étant soumis au paiement d'un droit d'entrée et d'une taxe annuelle et les licences étant, en outre, essentiellement délivrées à des opérateurs établis en Suède).

qu'elle n'impose pas de modification de la marchandise. Par exemple, une réglementation relative à l'utilisation d'un produit ne concerne pas la manière dont le produit peut être vendu¹⁴⁰¹. Toutefois, cette question semble accessoire. Dès lors qu'une mesure n'implique pas d'adaptation de la marchandise importée ou n'augmente pas les coûts de l'importateur, elle doit être soumise à une analyse analogue à celle des modalités de vente¹⁴⁰².

348. Ensuite toutes les modalités de vente échappent-elles *per se* à la qualification d'entrave ? Les incertitudes à cet égard ont conduit une partie de la doctrine à regretter une distinction rigide faisant échapper au contrôle de la Cour des mesures susceptibles, en pratique, de faire obstacle à la libre circulation¹⁴⁰³. Pour ces auteurs, la jurisprudence *Dassonville*, malgré les incertitudes et les abus auxquels elle avait conduit, s'avérait plus satisfaisante que cette nouvelle approche¹⁴⁰⁴.

349. Dans les mois qui ont suivi l'arrêt *Keck et Mithouard*, la Cour semble avoir donné raison à cette partie de la doctrine, en écartant, sans analyse approfondie, la qualification d'entrave au seul motif que la réglementation litigieuse constituait une modalité de vente¹⁴⁰⁵. Ainsi, dans plusieurs affaires, elle s'est contentée d'observer que la mesure était indistinctement applicable et en a déduit, sans aucune discussion à cet égard, qu'elle n'affectait « *pas la commercialisation des produits en provenance d'autres Etats membres d'une manière différente de celle des produits nationaux* »¹⁴⁰⁶. Aussi pouvait-on se demander si les modalités de vente n'étaient pas *per se* licites en l'absence de discrimination formelle. Les juges ont, cependant, progressivement mis l'accent sur le test de l'accès au marché, en recherchant concrètement si les réglementations indistinctement applicables des modalités de vente ne désavantageaient pas, en pratique, l'accès au marché des produits importés.

¹⁴⁰¹ V. par ex. CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, préc.

¹⁴⁰² V. *infra*. 2.

¹⁴⁰³ F. PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice... », préc., pp. 172 et s. ; A MATTERA, « De l'arrêt « *Dassonville* » à l'arrêt « *Keck* »... », préc., p. 118.

¹⁴⁰⁴ Pour une opinion contraire, v. R. KOVAR, « *Dassonville, Keck et les autres...* », préc.

¹⁴⁰⁵ V. par ex. les arrêts CJCE, *Hünermund E.A.*, aff. C-292/92, (interdiction faite aux pharmaciens de faire de la publicité pour les produits parapharmaceutiques en dehors de leurs officines) ; CJCE, *Tankstation 't Heuske et Boermans*, aff. jtes C-401 et 402/92, préc. (horaires d'ouverture et de fermeture de certains magasins et horaires de vente de certaines marchandises) ; CJCE, *Punto Casa and PPV*, aff. jtes C-69 et 258/93, préc. (interdiction d'ouverture des magasins les dimanche et jours fériés) ; CJCE, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, préc. (interdiction de la publicité télévisée pour le secteur de la distribution).

¹⁴⁰⁶ CJCE, *Hünermund E.A.*, aff. C-292/92, préc., pt 23 ; CJCE, *Tankstation 't Heuske et Boermans*, aff. jtes C-401 et 402/92, préc., pt 14 ; CJCE, *Punto Casa and PPV*, aff. jtes C-69 et 258/93, préc., pt 14 ; CJCE, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, préc., pt 23.

Tout d'abord, dans l'arrêt *Banchero*, a été jugée conforme à l'article 34 TFUE, une réglementation réservant la vente au détail des tabacs manufacturés à des distributeurs autorisés, au motif qu'elle « *n'entrave pas [...] l'accès au marché national des produits en provenance d'autres Etats membres ou ne gêne pas davantage qu'elle ne gêne l'accès des produits nationaux au réseau de distribution* »¹⁴⁰⁷.

Mais c'est surtout à partir de l'arrêt *De Agostini*¹⁴⁰⁸ qu'apparaît un contrôle plus concret et approfondi des effets de certaines modalités de vente. Etait en cause, en l'espèce, la législation suédoise interdisant la publicité télévisée lorsque celle-ci s'avérerait contraire à la morale des affaires, présentait un caractère déloyal ou visait à capter les enfants de moins de 12 ans. Après avoir constaté que la mesure constituait une modalité de vente s'appliquant à tous les opérateurs, la Cour observe qu'« *il ne saurait être exclu qu'une interdiction totale, dans un Etat membre, d'une forme de promotion d'un produit [...] ait un impact plus important sur les produits en provenance des autres Etats membres* »¹⁴⁰⁹. Si la Cour renvoie cette question à l'appréciation du juge national, elle semble, cependant, sensible à l'argument de l'entreprise visée par l'interdiction, selon lequel « *la publicité télévisée serait la seule forme de promotion efficace [permettant] de pénétrer le marché suédois* »¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁷ CJCE, *Domingo Banchero*, aff. C-387/93, préc., pt 44.

¹⁴⁰⁸ CJCE, *De Agostini and TV-shop*, aff. jtes C-34 à 36/95, préc.

¹⁴⁰⁹ Pt 42 de l'arrêt. La Cour a sans doute été ici influencée par les conclusions de l'avocat général JACOBS sous l'arrêt *Leclerc-Siplec* (CJCE, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, préc.). Celui-ci, outre qu'il critique le formalisme de l'arrêt *Keck et Mithouard*, montre, en effet, qu'une interdiction totale de publicité est susceptible d'affecter davantage les produits importés (raisonnement qui nous paraît contestable, v. chapitre 3, section 2, §2, A, *infra*). Il est cependant difficile de dire si la Cour a assoupli son contrôle suite à ces conclusions ou si elle a toujours entendu donner une telle portée à la jurisprudence *Keck*. Il est intéressant de noter que, si l'avocat général JACOBS propose d'écarter le test de l'arrêt *Keck* au motif qu'on ne saurait soumettre les modalités de vente au seul contrôle de la discrimination, il aboutit à la conclusion qu'une interdiction de publicité constitue une entrave parce que celle-ci « a tendance à affecter plus spécialement les marchandises importées » (pt 50). Autrement dit, une interdiction totale de la publicité produit, selon lui, des effets discriminatoires. Or, la formule de l'arrêt *Keck* permet de parvenir exactement au même résultat. Aussi peut-on se demander si sa proposition de qualifier d'entrave les mesures affectant substantiellement l'accès au marché ne revient pas à qualifier d'entrave les seules mesures affectant davantage les produits importés. Dans cette perspective, loin de s'opposer, les deux approches convergeraient.

¹⁴¹⁰ Pt 43 de l'arrêt.

La qualification d'entrave des mesures interdisant certaines formes de publicité¹⁴¹¹ a été confirmée dans l'arrêt *Gourmet*, dans lequel la Cour a jugé qu'une interdiction totale de la publicité pour l'alcool était « *de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires d'autres Etats membres que celui des produits nationaux avec lesquels le consommateur est spontanément mieux familiarisés* »¹⁴¹².

En l'absence d'interdiction totale d'une forme de publicité, la Cour a, en revanche, estimé que les produits importés n'étaient pas davantage affectés que les produits nationaux. Ainsi a-t-elle exclu, dans l'arrêt *Karner*¹⁴¹³, que la réglementation autrichienne interdisant de faire la promotion de la vente de marchandises en indiquant que celles-ci proviennent d'une faillite entrave le commerce interétatique. Cette mesure n'interdit pas de faire de la publicité mais se limite à prohiber certaines mentions. Dès lors, elle ne défavorise pas la vente de marchandises importées. Bien que la Cour ait toujours rejeté une qualification de l'entrave fondée sur l'amplitude des effets restrictifs¹⁴¹⁴, on peut se demander si ce qui distingue l'arrêt *Karner* des arrêts *De Agostini* et *Gourmet* ne réside pas dans le degré de la restriction¹⁴¹⁵.

La jurisprudence de la Cour en matière de publicité ne semble, néanmoins, pas complètement stabilisée. En témoigne l'arrêt *Douwe Egberts*¹⁴¹⁶, rendu seulement quelques mois après l'arrêt *Karner*, dans lequel la deuxième chambre de la Cour a conclu qu'une interdiction de la publicité sur les caractéristiques d'un produit était de nature à gêner davantage l'accès au

¹⁴¹¹ Aux Etats-Unis, les réglementations de la publicité n'ont pas fait l'objet de discussions au regard de la clause de commerce. La compétence des Etats en la matière est, cependant, largement encadrée. D'une part, de nombreuses réglementations fédérales préemptent les réglementations étatiques en la matière, de telle sorte que les juridictions américaines ont à plusieurs reprises déclaré inconstitutionnelles des législations étatiques relatives à la publicité (v. 2^{ème} partie, titre 1, chapitre 1, *infra*). D'autre part, le « discours commercial » est protégé par le 1^{er} amendement de la Constitution relatif à la liberté d'expression. Sur ce fondement, de nombreuses réglementations, tant étatiques que fédérales, de la publicité ont été jugées inconstitutionnelles (v. par ex. *Va. Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748, préc. (inconstitutionnalité d'une mesure de l'Etat de Virginie interdisant aux pharmaciens de faire de la publicité sur les prix des médicaments prescrits). V. également *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996) ; *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60 (1983)). Si l'atteinte à la liberté d'expression a également été alléguée devant la Cour de justice, cette question n'est évidemment pas centrale dans la jurisprudence communautaire relative aux libertés de circulation (v. par ex. CJCE, *Karner*, aff. C-71/02, préc., pts 48-52).

¹⁴¹² CJCE, *Gourmet International Products*, aff. C-405/98, préc., pt 21.

¹⁴¹³ CJCE, *Karner*, aff. C-71/02, préc.

¹⁴¹⁴ V. par ex. CJCE, *Yves Rocher*, aff. C-126/91, préc., pt 21.

¹⁴¹⁵ V. en ce sens, D. WILSHER, "Does Keck discrimination make any sense?...", préc., p. 19. La jurisprudence récente maintient l'ambiguïté à ce propos : dans l'affaire *Ker-Optika bt* la Cour qualifie d'entrave une mesure interdisant une modalité de vente parce qu'elle « *gêne considérablement l'accès au marché de l'Etat membre concerné* » (CJUE, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, préc., pt 54. Nous soulignons).

¹⁴¹⁶ CJCE, *Douwe Egberts*, aff. C-239/02, préc.

marché des produits originaires d'autres Etats membres. Or, la frontière semble bien relative entre cette affaire, dans laquelle était appréciée l'interdiction de mentions relatives à l'« amaigrissement » dans la publicité de denrées alimentaires, et l'affaire *Karner*, dans laquelle était examinée l'interdiction de mentionner que les marchandises vendues provenaient d'une faillite. Certes dans le second cas, l'interdiction ne portait pas sur les qualités du produit. Cette différence suffit-elle cependant à justifier la différence de traitement ? Dans les deux hypothèses, la mention constituait un argument de vente important pour les vendeurs et la distinction opérée par la Cour nous semble bien subtile¹⁴¹⁷.

350. La Cour a pu également constater que l'accès au marché des produits importés était davantage affecté dans d'autres domaines que la publicité. Ainsi, dans un arrêt de 2000, elle a qualifié d'entrave, et jugé contraire à l'article 34 TFUE, une réglementation exigeant que les commerçants pratiquant la vente ambulante dans une circonscription disposent d'un établissement fixe dans cette même circonscription. Pour les juges, la mesure, en obligeant les commerçants étrangers à ouvrir un nouvel établissement en Autriche, renchérisait le prix des marchandises importées et pénalisait donc leur accès au marché¹⁴¹⁸. En l'espèce, la qualification d'entrave faisait peu de doute, compte tenu de l'obligation d'établissement¹⁴¹⁹. Plus délicate était la question de savoir si l'interdiction de vendre certains produits par correspondance, et notamment par Internet, défavorisait l'accès au marché national des produits importés. Dans un arrêt du 11 décembre 2003¹⁴²⁰, la Cour de justice a répondu positivement à cette question concernant la vente de médicaments. Elle a observé que l'Internet, était « *un moyen plus important pour les pharmacies qui [n'étaient] pas établies sur le territoire [de l'Etat d'importation] d'atteindre directement ledit marché* »¹⁴²¹. Elle en a déduit qu'« [u]ne interdiction qui frappe davantage les pharmacies établies en dehors du territoire [...] pourrait être de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits en

¹⁴¹⁷ Le fait que les deux arrêts aient été rendus par des chambres différentes explique peut-être ce hiatus jurisprudentiel.

¹⁴¹⁸ CJCE, *TK-Heimdienst*, aff. C-254/98, préc., not. pts 24-26.

¹⁴¹⁹ La directive 70/50/CEE, préc., mentionne parmi les mesures d'effet équivalent, les réglementations qui « subordonnent l'accès au marché national des produits importés à la condition d'avoir un répondant ou un représentant sur le territoire de l'Etat membre importateur » (art. 2, §3, g)). La Cour, pour sa part, a toujours qualifié d'entrave les mesures imposant aux importateurs d'avoir un représentant ou un établissement fixe dans l'Etat d'importation (v. par ex. CJCE, 2 mars 1983, *Commission c/ Belgique*, aff. 155/82, *Rec.* p. 531 ; CJCE, 28 février 1984, *Commission c/ Allemagne*, aff. 247/81, *Rec.* p. 1111 ; CJCE, *Société Legia*, aff. jtes 87 et 88/85, préc. ; CJCE, 30 avril 1991, *Boscher c/ British Motors Wright*, aff. C-239/90, *Rec.* p. I-2023).

¹⁴²⁰ CJCE, *0800 DocMorris*, aff. C-322/01, préc.

¹⁴²¹ Pt 74 de l'arrêt.

provenance d'autres Etats membres que celui des produits nationaux »¹⁴²². Dès lors la vente des médicaments importés est davantage affectée. Cette jurisprudence a été récemment confirmée¹⁴²³ et il semble désormais que toute interdiction de vente par internet doive être justifiée par les Etats.

351. Tous ces exemples tendent à montrer que la Cour s'est extraite d'une position de principe pour adopter une approche plus pragmatique, nettement orientée sur les effets concrets de la mesure. Si les réglementations des modalités de vente bénéficient d'une présomption de conformité au traité, cette présomption peut être renversée si la mesure empêche ou gêne davantage l'accès au marché des produits importés. Cette réorientation n'est pas sans soulever certaines incertitudes quant au résultat de l'analyse, comme le montrent les affaires relatives à la publicité, puisqu'il peut être parfois difficile de déterminer les effets de la réglementation litigieuse sur l'accès au marché. Ceci dit, elle présente l'avantage de la cohérence en fournissant un cadre d'analyse unique. Aussi, il est indéniable que l'arrêt *Keck et Mihouard* a remis de l'ordre dans une jurisprudence jusqu'alors confuse. Avant 1993, la Cour avait, en effet, écarté à quelques reprises la qualification d'entrave en présence de réglementations s'apparentant à des modalités de vente¹⁴²⁴. Saisie en 1990 d'une réglementation interdisant la vente d'articles pornographiques dans des magasins non agréés, elle avait d'ailleurs tenu à rappeler qu'elle avait « déjà considéré, dans des situations similaires qui concernaient les modalités de commercialisation de certains produits, que l'article [34] du traité ne s'appliquait pas »¹⁴²⁵. Elle n'avait cependant pas systématisé cette approche puisque, dans un certain nombre de décisions, concernant notamment la publicité et le travail le dimanche, elle avait constaté l'existence d'un obstacle potentiel. Or, sur le plan des effets, rien ne différenciait, par exemple, la mesure litigieuse de l'arrêt *Quietlynn* et celle

¹⁴²² *Id.* On relèvera que, dans cette affaire comme dans l'affaire *TK-Heimdienst*, la mesure litigieuse défavorise non les produits importés mais les entreprises établies dans d'autres Etats membres. Toutefois, la Cour part du principe que les entreprises étrangères vendent davantage de produits importés de telle sorte que, *in fine*, la commercialisation de ces marchandises risque d'être défavorisée.

¹⁴²³ CJUE, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, préc.

¹⁴²⁴ V. par ex. CJCE, *Oebel*, aff. 155/80, préc. ; CJCE, *Thomas Blesgen*, aff. 75/81, préc. La Cour a également écarté la qualification d'entraves dans des arrêts ne concernant pas des modalités de vente (v. par ex. CJCE, *Forest* aff. 148/85, préc.). Toutefois, les réglementations litigieuses présentaient des propriétés analogues aux modalités de vente : elles n'imposaient aucune modification des marchandises, n'empêchaient pas leur accès au marché et pouvaient, tout au plus, restreindre indirectement les importations via une réduction des ventes.

¹⁴²⁵ CJCE, *Quietlynn*, aff. C-23/89, préc.

des arrêts relatifs au travail le dimanche¹⁴²⁶. Dans les deux hypothèses la mesure affectait de la même manière les produits nationaux et importés et n'empêchait pas les produits importés d'accéder au marché de l'Etat d'importation, la commercialisation des produits demeurant en effet possible. En revanche, dans les deux cas, les importations étaient susceptibles de diminuer consécutivement à une diminution des ventes¹⁴²⁷. Cette circonstance est, avec l'arrêt *Keck*, jugée insuffisante, de telle sorte que ces mesures échappent désormais toutes au contrôle de proportionnalité. La Cour, sur la base du nouveau critère, a écarté la qualification d'entraves des réglementations relatives aux périodes d'ouverture des magasins¹⁴²⁸, réservant la vente de certaines marchandises à des commerçants déterminés¹⁴²⁹, établissant un régime de prix non protectionniste¹⁴³⁰, interdisant ou encadrant certaines méthodes de vente, telles la vente ambulante¹⁴³¹ ou le démarchage à domicile¹⁴³².

352. Ce dernier exemple – la réglementation du démarchage à domicile – permet de rapprocher la jurisprudence communautaire de la jurisprudence américaine puisque la Cour Suprême a également été saisie, sur le fondement de la clause de commerce, d'une réglementation interdisant le démarchage à domicile sans autorisation préalable des résidents¹⁴³³. Comme la Cour de justice, elle a estimé que ce type de mesure n'entravait pas le

¹⁴²⁶ C'est notamment l'opinion de l'avocat général TESAURO sous l'arrêt CJCE, *Hünermund E.A.*, aff. C-292/92, préc. (not. pts 20 et 23).

¹⁴²⁷ Si ces arrêts se différencient par la nature du contrôle exercé – dans un cas, contrôle limité au constat de l'absence d'entrave ; dans l'autre, contrôle étendu à l'examen des justifications et de la proportionnalité de la mesure –, en revanche, ils convergent quant à leur résultat. Dans les arrêts où la Cour a exercé un contrôle de proportionnalité, elle a, la plupart du temps, admis que les mesures poursuivaient un objectif légitime et étaient dès lors compatibles avec les dispositions du traité (v. les arrêts relatifs au travail le dimanche). Aussi, sans l'avoir formalisé, la Cour semble percevoir, avant l'arrêt *Keck*, le particularisme des mesures relatives aux modalités de vente.

¹⁴²⁸ CJCE, *Tankstation 't Heuske et Boermans*, aff. jtes C-401 et 402/92, préc. ; CJCE, *Punto Casa and PPV*, aff. jtes C-69 et 258/93, préc. ; CJCE, *Semeraro Casa Uno*, aff. jtes C-418 à 421, 460 à 462, 494/93, C-9 à 11, 14, 15, 23, 24 et 332/94, préc. (ouverture des magasins les dimanche et jours fériés).

¹⁴²⁹ CJCE, *lait 1^{er} âge*, aff. C-391/92, préc. (interdiction de vente du lait transformé 1^{er} âge en dehors des pharmacies) ; CJCE, *Domingo Banhero*, aff. C-387/93, préc. (vente au détail du tabac manufacturé réservé à des distributeurs autorisés).

¹⁴³⁰ CJCE, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267 et 268/91, préc. ; CJCE, *Belgapom*, aff. C-63/94, préc. (interdiction de la revente à perte dans les deux affaires).

¹⁴³¹ CJCE, 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, aff. C-20/03, *Rec.* p. I-4133.

¹⁴³² CJCE, *A-Punkt Schmuckhandels GmbH c/ Claudia Schmidt*, aff. C-441/04, préc.

¹⁴³³ *Breard v. Alexandria*, 341 U.S. 622 (1951).

commerce interétatique dans une mesure contraire aux dispositions constitutionnelles¹⁴³⁴. Constatant le caractère indistinctement applicable de la disposition litigieuse¹⁴³⁵ et l'objectif légitime de la localité à protéger la vie privée de ses habitants¹⁴³⁶, l'opinion majoritaire a estimé que la *dormant commerce clause* n'était pas violée. Elle admet, à cette occasion, l'impact négatif de la réglementation sur le commerce interétatique, celle-ci imposant aux représentants de commerce de développer une nouvelle technique de vente¹⁴³⁷. Toutefois, elle n'opère pas de balance entre l'entrave et la nécessité de la mesure, observant simplement que la réglementation laisse la possibilité aux opérateurs d'employer d'autres modes de vente. Son raisonnement se rapproche donc de celui que la Cour de justice a pu employer à l'égard de certaines réglementations des modalités de vente. Dans les arrêts *Oebel*¹⁴³⁸ et *Blesgen*¹⁴³⁹ la Cour, saisie, dans la première affaire, d'une mesure interdisant le transport à certaines heures des produits de boulangerie et, dans la seconde, d'une réglementation prohibant la vente et la consommation de boissons alcooliques d'une certaine force dans les locaux accessibles au public, avait exclu la qualification d'entrave au motif, notamment, que les dispositions litigieuses ne supprimaient pas toute possibilité de commercialisation¹⁴⁴⁰.

353. En revanche, l'analyse des juges communautaires à l'égard du démarchage à domicile, s'est révélée plus équivoque. Saisie, à deux reprises, de réglementations interdisant certaines formes de démarchage à domicile, la Cour de justice a estimé, dans les deux cas, que l'article 34 TFUE n'était pas enfreint. Toutefois elle n'a pas employé le même raisonnement dans les deux affaires.

Dans la première, la Cour de Luxembourg a jugé que, dans la mesure où l'interdiction de certaines formes de démarchage à domicile était susceptible de contraindre l'opérateur « *soit*

¹⁴³⁴ Les requérants fondaient leur recours sur trois dispositions constitutionnelles : la *due process clause*, la *dormant commerce clause* et la liberté d'expression protégée par le 1^{er} amendement de la Constitution. Nous ne discutons ici que de l'analyse de la Cour au regard de la *dormant commerce clause*. Concernant la *due process*, elle recourt à son analyse classique : une réglementation est contraire au 14^{ème} amendement si elle est « *si déraisonnable et extravagante dans sa nature et son objectif que les droits du citoyen sont d'une manière superflue et arbitraire affectés ou détruits...* » (p. 630 de l'arrêt). En l'espèce, elle conclut que la mesure ne remplit pas ces critères et rejette le recours sur ce fondement.

¹⁴³⁵ 341 U.S., pp. 636-637.

¹⁴³⁶ 341 U.S., not. p. 640.

¹⁴³⁷ 341 U.S., pp. 638-639.

¹⁴³⁸ CJCE, *Oebel*, aff. 155/80, préc.

¹⁴³⁹ CJCE, , *Thomas Blesgen*, aff. 75/81, préc.

¹⁴⁴⁰ CJCE, *Oebel*, aff. 155/80, préc., pt 20 ; CJCE, *Thomas Blesgen*, aff. 75/81, préc., pt 9.

d'adapter des systèmes différents de publicité ou de promotion des ventes en fonction des Etats membres concernés, soit d'abandonner un système qu'il juge particulièrement efficace »¹⁴⁴¹, une telle interdiction faisait obstacle aux importations. A ce stade, les considérations américaines et communautaires sont relativement similaires, puisque les deux juridictions observent un effet sur le commerce interétatique. Cependant, et contrairement au juge américain, la Cour a procédé à un contrôle de proportionnalité. C'est sur la base de ce contrôle qu'elle a d'ailleurs conclu à l'absence de violation du traité : elle a estimé, en effet, que l'interdiction du démarchage relative à la vente de matériel pédagogique pouvait apparaître nécessaire pour protéger les consommateurs¹⁴⁴². Cet arrêt laisse, toutefois, place au doute quant à la possibilité pour les Etats d'interdire d'autres formes de démarchages à domicile¹⁴⁴³.

Ce doute a été écarté dans l'arrêt *A-Punkt Schmuckhandels*¹⁴⁴⁴, dans lequel la Cour a mis en œuvre le test développé dans l'arrêt *Keck et Mithouard*. Constatant que la mesure litigieuse, qui interdisait la vente à domicile de bijoux, constituait une méthode de commercialisation, elle a jugé qu'elle échappait à l'interdiction de l'article 34 TFUE en l'absence d'entrave à l'accès au marché¹⁴⁴⁵. Autrement dit, la réglementation du démarchage à domicile bénéficie d'une présomption de conformité au traité qui ne peut être renversée que si un effet discriminatoire à l'égard des opérateurs économiques d'autres Etats ou à l'égard des produits importés est démontré¹⁴⁴⁶.

354. Aussi constate-on, suite à cet arrêt, que le raisonnement employé de part et d'autre de

¹⁴⁴¹ CJCE, *Buet*, aff. 382/87, préc., pt 7. Cette formule apparaît dans des arrêts antérieurs tels que l'arrêt CJCE, *Oosthoeck*, aff. 286/81, préc. (réglementation interdisant d'offrir ou de donner en prime des produits dans le cadre de l'exercice d'une activité commerciale).

¹⁴⁴² V. pts 12 à 15 de l'arrêt.

¹⁴⁴³ La Cour précise, en effet, qu'« *il suffit normalement de garantir aux acheteurs le droit de résilier le contrat qu'ils auraient conclu à domicile* » (pt 12 de l'arrêt).

¹⁴⁴⁴ CJCE, *A-Punkt Schmuckhandels GmbH c/ Claudia Schmidt*, aff. C-441/04, préc.

¹⁴⁴⁵ V. pts 20 à 24 de l'arrêt.

¹⁴⁴⁶ V. pt 30 de l'arrêt. Il convient de relever que le domaine a été partiellement harmonisé par la directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (JO L 372, p. 31) et que, en conséquence, les réglementations nationales doivent se conformer à ses dispositions (elles doivent par exemple prévoir un droit de résilier le contrat). Celle-ci permet, néanmoins, l'adoption par les Etats de mesures plus protectrices des consommateurs, ce qui leur permet d'interdire certaines formes de démarchage. La directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (JO L 149, p. 22) prévoit, par ailleurs, que le démarchage à domicile, lorsqu'il est expressément refusé par le consommateur, constitue une pratique déloyale (v. annexe I, 25)).

l'Atlantique diverge en partie. Aux Etats-Unis, la Cour s'est concentrée sur la compétence des Etats et collectivités locales pour assurer la tranquillité des habitants, tandis que dans l'Union européenne, c'est l'absence d'obstacle à la libre circulation qui s'est révélée déterminante. Cependant, le résultat atteint est le même : en l'absence d'effet discriminatoire, l'interdiction du démarchage à domicile ne saurait être considérée comme faisant obstacle au commerce interétatique. C'est donc dans les domaines dans lesquels la Cour de justice a adopté une position plus restrictive – telles qu'en matière de réglementations des modalités de vente – en recourant au concept de discrimination, qu'une certaine convergence jurisprudentielle apparaît. Cette convergence est néanmoins à relativiser dans la mesure où, considérant que la « *clause de commerce ne protège pas les méthodes de [vente] sur le marché* »¹⁴⁴⁷, les juridictions américaines ont souvent rejeté rapidement tout recours en la matière. La Cour de justice de l'UE a, pour sa part, procédé à une analyse plus approfondie des effets des réglementations des modalités de vente sur la circulation des marchandises.

2. L'accès au marché : un critère explicatif opérationnel ?

355. La doctrine a souvent relevé, avec raison, que les réglementations relatives aux produits ne sauraient se laisser enfermer dans l'alternative « caractéristiques des marchandises » / « modalités de vente »¹⁴⁴⁸. La Cour a en effet eu, à plusieurs reprises, à apprécier des réglementations ne relevant d'aucune des deux catégories. En faisant abstraction de la distinction fondée sur l'objet de la mesure, pour se concentrer sur les effets en termes d'accès au marché, cette difficulté apparaît dépassée¹⁴⁴⁹. Toutefois, la Cour s'est refusée à adopter un critère unique de qualification de l'entrave. Dans plusieurs arrêts consécutifs à la jurisprudence *Keck*, elle n'a fait référence ni à la classification de la mesure ni à son impact sur l'accès au marché. Aussi peut-on proposer une lecture de l'ensemble de la jurisprudence en termes d'accès au marché mais on ne peut affirmer que cette considération a conduit ou même inspiré systématiquement la Cour.

356. Tout d'abord, on a vu que les exigences divergentes concernant les conditions

¹⁴⁴⁷ *Exxon Corp.*, 437 U.S., préc., p. 127 ; *Miramax Film, Corp.*, 983 F. Supp., préc., p. 631.

¹⁴⁴⁸ V. F. PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice... », préc., p. 183 ; P. OLIVER and S. ENCHELMAIER, "Free Movement of Goods...", préc., p. 673. V. également le pt 18 des conclusions de l'avocat général FENNELLY sous l'arrêt *Graf* : « la dichotomie entre règles applicables aux produits et celles applicables aux modalités de vente n'est pas exhaustive de la gamme des restrictions possibles, même dans le domaine des échanges de marchandises » (CJCE, *Graf*, aff. C-190/98, préc.).

¹⁴⁴⁹ R. KOVAR, « *Dassonville, Keck et les autres...* », préc., p. 246.

auxquelles doivent répondre les produits imposent une modification de la marchandise préalable à sa commercialisation. Aussi, par essence, de telles réglementations empêchent l'accès au marché au sens de la jurisprudence *Keck* et l'on peut donc présumer leur caractère restrictif au regard de la libre circulation des marchandises¹⁴⁵⁰.

D'autres réglementations, sans imposer une modification de la marchandise, produisent un effet analogue sur l'accès au marché. Ainsi, des formalités à l'importation gênent davantage l'accès au marché des produits importés, notamment lorsque la mesure impose une charge économique supplémentaire¹⁴⁵¹.

De même, des réglementations qui interdisent directement ou indirectement la commercialisation d'une marchandise, empêche fatalement le produit d'accéder au marché. On peut notamment envisager, sous cet angle, l'arrêt *Cinéthèque*¹⁴⁵². Dans cette affaire, la Cour a qualifié d'entrave la réglementation française interdisant la vente ou la location de vidéocassettes d'un film avant l'expiration d'un délai d'un an après la sortie du film dans les salles de cinéma. A cet égard, elle s'est fondée exclusivement sur les disparités existant entre les législations nationales en la matière. Or, plusieurs arrêts des années 1980 et plus encore l'arrêt *Keck* ont montré que la seule existence de divergences entre les législations nationales ne saurait fonder une violation de l'article 34 TFUE. Toutefois, en prohibant cette vente alors qu'elle était autorisée selon le droit d'autres Etats membres, la France empêchait l'accès à son marché des vidéocassettes importées. Par ailleurs, une mesure qui, sans interdire la commercialisation d'un produit, en interdit l'utilisation, empêche également l'accès au marché national de ce produit. C'est ainsi que la Cour a conclu, le 10 février 2009, qu'une réglementation italienne interdisant aux motocycles de tirer une remorque entravait la circulation des remorques spécialement conçues pour ce type d'usage¹⁴⁵³.

357. En revanche, certaines mesures n'empêchent *a priori* pas l'accès au marché et ne désavantagent pas l'accès au marché des marchandises importées. Tel est le cas de la plupart des modalités de vente. Tel est le cas également des mesures dont la Cour a jugé l'effet sur la libre circulation des marchandises « trop aléatoire », « trop indirect » ou « trop

¹⁴⁵⁰ V. à ce propos, chapitre 1, section 1, §1, A du présent titre, *supra*.

¹⁴⁵¹ V. par ex. CJCE, 5 octobre 1994, *Centre d'Insémination de la Crespelle c/ Coopérative de la Mayenne*, aff. C-323/93, *Rec.* p. I-5077 ; CJCE, *Franzén*, aff. 189/95, *préc.* ; CJCE, 28 septembre 2006, *Ahokaine et Leppik*, aff. C-434/04, *Rec.* p. I-9171.

¹⁴⁵² CJCE, *Cinéthèque*, aff. jtes 60 et 61/84, *préc.*

¹⁴⁵³ CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, *préc.* V. également CJCE, *Mickelsson et Roos*, aff. C-142/05, *préc.*

hypothétique »¹⁴⁵⁴. Une partie de la doctrine a perçu dans cette lignée jurisprudentielle une troisième voie¹⁴⁵⁵, se situant en dehors de la jurisprudence *Keck*. En analysant ces arrêts sous l'angle de l'accès au marché, il nous semble cependant possible de les rattacher à cette jurisprudence¹⁴⁵⁶. Le lien entre la jurisprudence *Keck* et cette approche de l'entrave est d'ailleurs opéré dans l'arrêt *Burmanjer*, dans lequel la Cour, examinant si le régime belge d'autorisation préalable pour la vente ambulante affectait davantage la commercialisation des produits importés, conclut que cette circonstance lui paraît « *trop insignifiante et aléatoire pour pouvoir être considérée comme étant de nature à entraver ou à gêner d'une autre manière le commerce entre les Etats membres* »¹⁴⁵⁷.

358. Si le critère de l'accès au marché permet donc une lecture unitaire de la jurisprudence, on peut, néanmoins, s'interroger sur sa portée réelle et sur ses limites. S'il est relativement aisé de percevoir les cas dans lesquels un obstacle absolu à l'accès au marché apparaît, en revanche, les situations dans lesquelles l'accès au marché des produits importés est davantage affecté sont plus difficilement perceptibles¹⁴⁵⁸. Cette appréciation semble, en réalité, liée à la portée et à l'intensité de l'effet restrictif de la réglementation litigieuse. Ainsi, une interdiction totale de la publicité est supposée, selon les juges, affecter davantage les marchandises importées. Une simple restriction, en revanche, ne permet pas de conclure à l'existence d'une entrave au motif que les produits importés seraient défavorisés. Aussi, l'idée avancée par certains avocats généraux et une partie de la doctrine de ne qualifier d'entrave que les obstacles substantiels ne nous semble pas très éloignée de la pratique de la Cour¹⁴⁵⁹. La jurisprudence en matière de libre circulation des personnes semble d'ailleurs confirmer que le degré de la restriction est, en réalité, déterminant dans la qualification retenue par les juges.

¹⁴⁵⁴ V. not. CJCE, *Krantz*, aff. 69/88, préc. ; CJCE, 13 octobre 1993, *CMC Motorradcenter c/ Baskiciogullari*, aff. C-93/92, *Rec. p. I-5009* ; CJCE, *Mattéo Peralta*, aff. C-379/92, préc. ; CJCE, 17 octobre 1995, *DIP e.a. c/ Commune di Bassano del Grappa e.a.*, aff. jtes C-140 à 142/94, *Rec. p. I-3257* ; CJCE, 30 novembre 1995, *Esso Spañola*, aff. C-134/94, *Rec. p. I-4223* ; CJCE, *Corsica Ferries*, aff. C-266/96, préc. ; CJCE, 21 septembre 1999, *BASF c/ Präsident des Deutschen Patentamtes*, aff. C-44/98, *Rec. p. I-6269*.

¹⁴⁵⁵ R. KOVAR, « *Dassonville, Keck et les autres...* », préc., p. 246.

¹⁴⁵⁶ V. en ce sens, S. WEATHERILL, « *After Keck...* », préc., pp. 898 et s.

¹⁴⁵⁷ CJCE, *Burmanjer e.a.*, aff. C-20/03, préc., pt 31.

¹⁴⁵⁸ V. à ce propos, le chapitre 3, section 2 du présent titre, *infra*.

¹⁴⁵⁹ V. *infra*, B du présent §.

B. L'accès des personnes au marché étatique

359. Aux Etats-Unis, les Etats disposent d'un large pouvoir pour réglementer les activités économiques et restreindre, notamment, l'accès à leur marché. Leur marge de manœuvre est d'autant plus grande que la Cour Suprême a adopté une conception restrictive de la discrimination. Ainsi dans l'arrêt *Exxon*¹⁴⁶⁰, l'opinion majoritaire a déclaré conforme à la Constitution la législation de l'Etat du Maryland interdisant aux groupes pétroliers de posséder des stations-service dans l'Etat. Or, si la mesure n'était pas directement discriminatoire, en revanche, la neutralité de ses effets était discutable¹⁴⁶¹. En l'espèce, la loi excluait du marché du carburant au détail des entreprises établies dans d'autres Etats¹⁴⁶², tandis qu'elle réservait ce marché à des entreprises indépendantes, essentiellement établies dans l'Etat. Les groupes pétroliers prétendaient donc que la loi était, en réalité, discriminatoire. Seul un juge a été convaincu par cette argumentation. Pour les autres, le fait que certaines entreprises non étatiques soient davantage affectées ne suffisait pas à établir une discrimination. Il leur aurait fallu démontrer que seules des entreprises non étatiques étaient défavorisées par la réglementation, tandis que toutes les entreprises avantagées étaient établies dans l'Etat¹⁴⁶³. La Cour se montre donc relativement exigeante en matière de preuve de la discrimination¹⁴⁶⁴.

360. Cette approche contraste substantiellement avec la démarche de la juridiction communautaire.

D'une part, la conception de la discrimination de cette dernière est bien plus large, puisqu'elle a toujours affirmé qu'« [i]l n'est pas nécessaire de constater que la disposition en cause

¹⁴⁶⁰ *Exxon Corp.*, 437 U.S. 117, préc. A propos de cet arrêt, v. section 1, §2, B, 1 du présent chapitre, *supra*.

¹⁴⁶¹ C'est pourquoi cette décision a été critiquée par un certain nombre d'auteurs, qui ont, notamment, regretté la position restrictive de la Cour dans cette affaire compte tenu de la jurisprudence *Washington State Apple Advertising Comm'n* (432 U.S. 333, préc.). V. par ex. B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", préc., pp. 464-467, 514-516.

¹⁴⁶² Le Maryland n'étant pas producteur de pétrole, seule une entreprise exclue du marché par la loi était établie sur son territoire.

¹⁴⁶³ Le même raisonnement a été déployé dans l'arrêt *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456, préc. Il convient de rappeler, cependant, que la Cour contrôle également les mesures des entités infra-étatiques (comtés, municipalités, etc.). Dès lors que ces collectivités adoptent des mesures favorisant leurs productions, leurs entreprises ou ressortissants, ces mesures sont qualifiées de discriminatoires même si elles affectent de la même manière les productions, etc. étatiques mais non fabriquées sur leur territoire et les productions non étatiques (v. par ex. *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S., préc., p. 391).

¹⁴⁶⁴ V. également en ce sens, *Allied Artists Picture Corp.*, 679 F.2d 656, préc.

*affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants. Il suffit de constater que cette disposition est susceptible de produire un tel effet »*¹⁴⁶⁵.

D'autre part, l'absence de discrimination n'implique pas, dans la jurisprudence communautaire, la conformité de la mesure litigieuse aux dispositions du traité. Depuis le début des années 1990, la Cour a, en effet, procédé à un élargissement de la notion de restriction à la libre circulation des travailleurs, à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services¹⁴⁶⁶ en recourant à une formule commune. Aux termes de sa nouvelle jurisprudence, constitue une entrave toute mesure, même non discriminatoire, susceptible de « *prohiber* », « *dissuader* », « *de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales* »¹⁴⁶⁷. Ces formules, relativement vagues et souples, ont permis d'embrasser les situations les plus diverses. Dans le même temps, elles n'ont pas permis d'identifier clairement les frontières du concept de restriction, et certains ont craint « *une répétition de la saga Dassonville dans le domaine des personnes* »¹⁴⁶⁸. La Cour de justice a donc dû apporter certaines précisions, afin d'éviter un recours abusif aux dispositions du traité. Ainsi, dans l'arrêt *Graf* de 2000, elle a indiqué que « *pour être aptes à constituer de telles entraves, il faut [que les mesures] conditionnent l'accès des travailleurs au marché du travail* »¹⁴⁶⁹. Autrement dit, si l'on s'en tient à cet arrêt, il y a restriction aux libertés de circulation si l'opérateur économique est empêché d'accéder au marché de l'Etat dès lors qu'il ne remplit pas les exigences de celui-ci. Si l'accès demeure possible, la mesure ne constitue pas, en l'absence de discrimination, une restriction contraire aux dispositions du traité. Toutefois, la Cour a procédé à une interprétation large du critère de l'accès au marché, de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire de démontrer un obstacle absolu à l'accès. Aussi, la jurisprudence demeure, encore plus qu'en matière de libre circulation des marchandises, très incertaine, d'autant que la notion d'accès au marché est loin d'avoir été employée dans tous les arrêts. En outre, la Cour ne semble pas s'être totalement départie du critère de la discrimination puisque dans certaines décisions elle s'en est tenue à l'exigence du traitement national. Il en résulte que « *la*

¹⁴⁶⁵ CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-278/94, préc., pt 20. Pour de plus amples développements sur la notion de discrimination, v. titre 1, chapitre 1, section 2 de la présente partie, *supra*.

¹⁴⁶⁶ Par la suite, lorsque nous parlerons de libre circulation des personnes, nous désignerons ces trois libertés.

¹⁴⁶⁷ V. chapitre 1, section 1, §2 du présent titre, *supra*.

¹⁴⁶⁸ C. BARNARD, *The substantive law of the EU...*, op. cit., p. 276.

¹⁴⁶⁹ CJCE, *Graf*, aff. C-190/98, préc., pt 23.

*jurisprudence [...] peut difficilement être ramenée à une idée unique et qu'elle se prête, par conséquent [...] à des interprétations divergentes »*¹⁴⁷⁰.

361. La directive « services »,¹⁴⁷¹ en énumérant les exigences interdites de la part des Etats membres¹⁴⁷² et les exigences soumises à contrôle¹⁴⁷³, clarifie sans doute la notion de restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, même s'il est probable que toutes les hypothèses n'aient pas été envisagées, de telle sorte que la Cour conservera une marge de manœuvre.

362. Pour tenter de comprendre la jurisprudence en matière de libre circulation des personnes, il convient d'opérer un certain nombre de distinctions. Tout d'abord, il importe d'isoler les mesures pouvant être appréhendées au travers du concept de double charge. Il s'agit, comme nous l'avons vu, principalement des exigences imposées au prestataire de services préalablement à l'exercice de l'activité ainsi que des réglementations relatives aux qualifications. De telles mesures gênent davantage l'accès au marché des personnes établies dans d'autres Etats et leur nature restrictive prêtent peu à controverse¹⁴⁷⁴. La jurisprudence en la matière semble donc aujourd'hui relativement bien établie. Plus délicate est la qualification des mesures qui ne constituent pas une charge supplémentaire pour l'opérateur économique. A cet égard, nous distinguerons deux situations. D'une part, nous verrons dans quelle mesure la Cour a appliqué le critère de l'accès au marché aux réglementations émanant de l'Etat d'accueil (1). D'autre part, nous envisagerons le cas, plus rare mais tout aussi problématique, des restrictions émanant de l'Etat d'origine (2).

1. Les restrictions à l'entrée

363. Une interprétation littérale des dispositions du traité implique que toute personne s'établissant dans un Etat pour y exercer une activité salariée ou non salariée se soumette à l'ensemble des exigences de cet Etat, tant en ce qui concerne l'accès à l'activité que son exercice. La Cour, en recourant aux critères de la gêne et de la dissuasion, a, toutefois, progressivement étendu son examen de la proportionnalité des réglementations nationales

¹⁴⁷⁰ Pt 57 des conclusions de l'avocat général TIZZANO sous l'arrêt CJCE, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, préc.

¹⁴⁷¹ Directive 2006/123/CE, préc.

¹⁴⁷² V. not. articles 14, 16, § 2, et 19 de la directive.

¹⁴⁷³ V. not. articles 9, 10, 15, 16, §§ 1 et 3 de la directive.

¹⁴⁷⁴ V. section 1, §1, B du présent chapitre, *supra*.

indistinctement applicables.

364. Les arrêts *Kraus*¹⁴⁷⁵ et *Gebhard*¹⁴⁷⁶ marquent le tournant jurisprudentiel de la Cour en la matière, même s'il n'est pas certain que ces deux arrêts fournissent eux-mêmes des exemples pertinents de mesures non discriminatoires jugées restrictives. En effet, bien que la Cour ne fasse aucune référence à l'existence d'une discrimination dans ces litiges, on a pu dire qu'ils concernaient des mesures en réalité discriminatoires¹⁴⁷⁷. Dans l'arrêt *Kraus*, la Cour avait à apprécier une réglementation relative à l'utilisation des diplômes étrangers. Or l'avocat général¹⁴⁷⁸ comme divers commentateurs¹⁴⁷⁹ ont identifié dans ce litige une discrimination indirecte, la mesure pénalisant en pratique davantage les ressortissants d'autres Etats membres¹⁴⁸⁰. Dans l'arrêt *Gebhard*, un avocat allemand était poursuivi pour s'être illégalement établi en Italie en y faisant usage du titre *avvocato*. Or, même si l'arrêt ne le précise pas, il est probable que l'obtention du titre ait été subordonnée à des conditions de qualification¹⁴⁸¹. Comme dans l'affaire *Kraus* était en donc en jeu une réglementation potentiellement discriminatoire.

365. En revanche, des arrêts ultérieurs semblent réellement porter sur des mesures non

¹⁴⁷⁵ CJCE, *Kraus*, aff C-19/92, préc.

¹⁴⁷⁶ CJCE, , *Gebhard*, aff. C-55/94, préc.

¹⁴⁷⁷ V. par ex. D. MARTIN, « “Discriminations”, “entraves” et “raisons impérieuses” dans le traité CE... », préc., pp. 587-588 et pp. 593-594.

¹⁴⁷⁸ V. pt 7 des conclusions de l'avocat général VAN GERVEN sous l'arrêt *Kraus*, aff C-19/92, préc.

¹⁴⁷⁹ V. par ex. G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, *op. cit.*, p. 81 ; S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, *op. cit.*, p. 263.

¹⁴⁸⁰ Potentiellement la mesure affectait davantage les ressortissants d'autres Etats. En l'espèce, toutefois, le litige opposait un ressortissant national à l'administration allemande. Ceci explique sans doute que la Cour n'ait pas voulu s'engager sur le terrain de la discrimination.

¹⁴⁸¹ La Cour se réfère d'ailleurs à sa jurisprudence relative aux qualifications (v. pt 38 de l'arrêt). Pour le professeur SPAVENTA, il ne s'agissait, toutefois, pas d'une question de qualification mais d'une simple formalité (inscription au barreau), également exigible dans l'Etat d'origine. Aussi considère-t-elle que la mesure n'était discriminatoire ni en droit, ni en fait et que l'entrave ne pouvait être rattachée à une quelconque disparité entre les réglementations nationales (v. E. SPAVENTA, “From Gebhard to Carpenter:...” , préc., p. 746). L'imprécision de l'arrêt ne nous permet pas de trancher cette question. Aussi nous rallions nous à l'analyse du professeur BARNARD pour qui les deux lectures étaient envisageables (C. BARNARD, *The substantive law of the EU...*, *op. cit.*, p. 313).

discriminatoires en droit comme en fait¹⁴⁸². Par exemple, dans l'arrêt *Payroll*¹⁴⁸³, la Cour de justice a déclaré contraire à l'article 49 TFUE une mesure réservant aux professionnels inscrits à l'ordre du travail et de l'emploi l'élaboration et l'édition de fiches de paie pour le compte des entreprises de plus de 250 salariés¹⁴⁸⁴. Dans l'affaire *Mc Quen*¹⁴⁸⁵, les juges ont qualifié d'obstacle à la liberté d'établissement la législation belge réservant l'examen objectif des yeux aux ophtalmologistes diplômés. Cette mesure empêchait, en effet, la filiale d'une entreprise britannique de proposer dans ses magasins belges un certain nombre d'examens à sa clientèle. Dans l'arrêt *Gräbner*¹⁴⁸⁶, la Cour a estimé que la législation autrichienne réservant aux titulaires d'un diplôme de médecin l'exercice de l'activité de « Heilpraktiker » (guérisseur ou praticien non-médecin) et interdisant à des organismes non agréés par les pouvoirs publics d'organiser une formation à cette activité constituait une restriction à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement.

366. Ces quelques exemples appellent plusieurs remarques. Tout d'abord, la Cour ne mentionne dans aucun de ces arrêts le critère de l'accès au marché, se fondant plutôt sur les termes de l'arrêt *Gebhard*. Autrement dit, les mesures constituent des restrictions parce qu'elles « *interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice des libertés de circulation* ». Toutefois, les réglementations litigieuses avaient toutes pour effet d'empêcher les entreprises requérantes d'accéder au marché national. Ensuite, cette jurisprudence opère un certain rapprochement entre le traitement des entraves à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement. On se souvient, par exemple, que dans l'affaire *Säger*¹⁴⁸⁷, la Cour avait jugé que la réglementation allemande réservant les activités liées au renouvellement de brevets aux conseils en brevet, alors que ces activités n'étaient pas soumises à une exigence

¹⁴⁸² Il convient d'isoler le cas particulier des réglementations interdisant ou restreignant le droit de créer dans un Etat membre des agences, succursales ou filiales, c'est-à-dire de faire usage du droit à l'établissement secondaire, expressément consacré par l'article 49 TFUE et « *inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité* » (CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec. p. I-1459*, pt 27 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *Rec. p. I-10155*, pt 138). De telles réglementations constituent nécessairement des restrictions (v. à ce propos T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés...*, *op. cit.*, pp. 215 et s.).

¹⁴⁸³ CJCE, 17 octobre 2002, *Payroll Data Services*, aff. C-79/01, *Rec. p. I-8923*.

¹⁴⁸⁴ L'avocat général MISCHO a établi que cette exigence n'était pas discriminatoire dans la mesure où l'inscription à l'ordre n'était pas subordonnée à la détention du diplôme national et pouvait être octroyée aux professionnels titulaires de diplômes équivalents dans leur Etat d'origine (v. pt 18 des conclusions).

¹⁴⁸⁵ CJCE, *Mc Quen*, aff. C-108/96, *préc.*

¹⁴⁸⁶ CJCE, 11 juillet 2002, *Gräbner*, aff. C-294/00, *Rec. p. I-6515*.

¹⁴⁸⁷ CJCE, *Säger*, aff. C-76/90, *préc.*

analogue dans l'Etat d'origine, constituait une restriction à la libre prestation de services. Dans les affaires *Payroll*, *Mc Quen*, *Gräbner*, la problématique est la même : les entreprises étaient autorisées à exercer leur activité dans leur Etat d'origine mais, en raison des disparités législatives, ne pouvaient accéder au marché de l'Etat d'accueil¹⁴⁸⁸. Certes, la Cour prend soin de préciser que « *le fait qu'un Etat membre impose des règles moins strictes que celles applicables dans un autre Etat membre ne signifie pas en soi que ces dernières sont disproportionnées et, partant, incompatibles avec le droit communautaire* »¹⁴⁸⁹. Toutefois, cette remarque concerne la proportionnalité de la mesure et non son caractère restrictif. Or, c'est bien la possibilité qu'avaient ces entreprises d'exercer leur activité dans l'Etat d'origine qui conduit à l'existence d'un obstacle dans l'Etat d'accueil¹⁴⁹⁰. Peut-on pour autant en déduire qu'il suffit que la mesure de l'Etat d'accueil soit plus restrictive que celle de l'Etat d'origine, ou du moins différente, pour qu'elle constitue une entrave ? La réponse apportée par la Cour est négative¹⁴⁹¹ mais, en pratique, sa jurisprudence est loin d'être univoque sur la question¹⁴⁹².

367. Il est certain que la Cour n'a pas qualifié de restriction toute mesure conditionnant l'exercice d'une activité dans l'Etat membre d'accueil.

Tout d'abord, certaines réglementations n'ont été appréciées qu'à l'aune du critère de la discrimination et n'ont donc été validées qu'en raison de leur caractère indistinctement applicable, nonobstant leurs éventuels effets sur l'accès au marché de l'Etat d'accueil. Dans l'arrêt *Commission c/ Belgique* du 12 février 1987¹⁴⁹³, était ainsi contestée une réglementation exigeant que les membres, les associés et les administrateurs des laboratoires exploités par des personnes morales de droit privé soient des personnes physiques habilitées à effectuer des

¹⁴⁸⁸ Un autre rapprochement s'est opéré entre la jurisprudence relative à la libre prestation de services et celle relative à la liberté d'établissement : les procédures d'autorisation préalable sont considérées, même en ce qui concerne l'établissement, comme portant atteinte aux dispositions du traité (v. par ex. CJCE, *Hartlauer*, aff. C-169/07, préc.). V. également articles 9 et 16, § 2 b) de la directive 2006/123/CE, préc.).

¹⁴⁸⁹ CJCE, *Mc Quen*, aff. C-108/96, préc., pt 34 ; CJCE, *Gräbner*, aff. C-294/00, préc., pt 47.

¹⁴⁹⁰ Pour un exemple récent, v. CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aff. C-171/07, *Rec.* p. I-4171 (réglementation réservant aux pharmaciens le droit d'être propriétaires et d'exploiter une pharmacie. La mesure est qualifiée de restriction mais jugée ensuite justifiée par la protection de la santé).

¹⁴⁹¹ V. not. CJCE, *Mattéo Peralta*, aff. C-379/92, préc., et CJCE, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, préc., envisagés *infra*. V. également CJCE, 28 avril 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-518/06, *Rec.* p. I-3491 ; CJUE, *Commission c/ Italie*, aff. C-565/08, préc., pt 49.

¹⁴⁹² V. en ce sens, C. BARNARD, "Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US", *C. L. J.*, vol. 68, 2009, p. 575, *spéc.* p. 595.

¹⁴⁹³ CJCE, 12 février 1987, *Commission c/ Belgique*, aff. 221/85, *Rec.* p. 719.

analyses médicales. A défaut, les analyses médicales effectuées par ces laboratoires étaient exclues du droit au remboursement par la sécurité sociale. La Cour a simplement observé que « *sous réserve de respecter [l'] égalité de traitement, chaque Etat membre a, en l'absence de règles communautaires en la matière, la liberté de régler sur son territoire l'activité des laboratoires effectuant des prestations de biologie clinique* »¹⁴⁹⁴. La mesure n'étant discriminatoire ni dans son objet, ni dans ses effets, la Cour l'a déclarée conforme à l'article 49 TFUE. C'est une réglementation aux effets similaires que la Cour a validée dans l'arrêt *Sodemare*¹⁴⁹⁵. En l'espèce, seules les sociétés poursuivant un but non lucratif pouvaient participer à un système d'assistance sociale donnant droit au remboursement par les autorités publiques des coûts de services d'assistance sociale à caractère sanitaire. Appliquant le même raisonnement que dans l'arrêt précédent, elle s'est fondée sur le seul caractère indistinctement applicable pour conclure à l'absence d'entrave à la liberté d'établissement¹⁴⁹⁶. Dans l'affaire *Perfili*¹⁴⁹⁷, la Cour était confrontée à une législation italienne qui imposait à la victime d'une infraction pénale souhaitant se constituer partie civile dans un procès pénal par l'intermédiaire d'un représentant de délivrer à celui-ci un mandat spécial. Or, cette réglementation empêchait une société anglaise, qui avait établi un mandat conformément au droit anglais, de se porter partie civile dans un procès en Italie. La Cour a procédé ici à une interprétation restrictive des dispositions du traité, estimant qu'en l'absence de discrimination, la mesure n'était contraire ni à l'article 18 ni aux articles 49 et 56 TFUE.

Ensuite, sans recourir au critère de la discrimination, la Cour a jugé dans certaines affaires que la réglementation litigieuse ne gênait pas la liberté d'établissement ou que ses effets restrictifs étaient trop aléatoires et indirects. Tel est le cas, par exemple, d'une réglementation subordonnant l'inscription au registre du commerce au paiement d'une avance sur les frais

¹⁴⁹⁴ Pt 9 de l'arrêt. Il convient de relativiser la portée de l'arrêt puisqu'il a été rendu antérieurement à l'arrêt *Gebhard*, c'est-à-dire à une époque où la Cour s'en tenait essentiellement à vérifier l'égalité de traitement.

¹⁴⁹⁵ CJCE, *Sodemare*, aff. C-70/95, préc.

¹⁴⁹⁶ Ce n'est pas tout à fait l'opinion de G. DAVIES, pour qui le caractère légitime de l'objectif poursuivi détermine en partie la décision de la Cour (G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, op. cit., p. 78). V. également N. BERNARD pour qui la Cour « *a vu dans la législation italienne un obstacle au libre établissement dont il s'agissait de déterminer s'il était justifié* » (N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services... », préc., pp. 38-39). Il est vrai qu'elle consacre plusieurs points à l'explication de la législation italienne et à l'examen de ses finalités. Dès lors, il est loisible de se demander si, en l'absence de telles finalités, le caractère non discriminatoire de la mesure aurait été suffisant pour conclure à l'absence d'entrave. Quoi qu'il en soit, la Cour emploie explicitement le langage de la discrimination, en l'espèce, alors qu'elle ne recourt pas à ce concept dans d'autres affaires. Cette décision nous semble donc en retrait par rapport à d'autres arrêts.

¹⁴⁹⁷ CJCE, 1^{er} février 1996, *Perfili*, aff. C-177/94, Rec. p. I-161.

prévisibles pour la publication de l'objet social décrit dans l'acte constitutif de la société¹⁴⁹⁸. De même, l'interdiction d'ouvrir les commerces le dimanche et les jours fériés n'affecte pas la liberté d'établissement¹⁴⁹⁹. Dans le domaine de la libre prestation de services, les juges ont exclu qu'une taxe communale, d'un montant modeste, sur la publicité, soit « *de nature à prohiber, gêner ou rendre autrement moins attrayantes les prestations de services publicitaires* »¹⁵⁰⁰. Ils ont également considéré qu'une réglementation limitant les commissions bancaires pouvant être perçues par les organismes de crédit à la consommation avait une incidence trop aléatoire et indirecte sur les échanges de services¹⁵⁰¹.

368. Quels enseignements tirer de cette jurisprudence ?

Dans les arrêts dans lesquels les juges ont exclu l'existence d'une entrave, il apparaît, généralement, que la mesure ne conditionnait pas l'accès au marché. Dans les affaires *Commission c/ Belgique*¹⁵⁰² et *Sodemare*¹⁵⁰³, les réglementations litigieuses n'interdisaient pas aux entreprises de s'établir mais les excluaient du droit au remboursement par la sécurité sociale. De même, dans l'arrêt *Perfili*¹⁵⁰⁴, l'obligation de se soumettre à la procédure pénale italienne n'empêchait pas d'accéder au marché italien. Dans l'affaire *Semeraro Casa Uno*, relative à l'ouverture des magasins le dimanche, la Cour a observé elle-même que la législation « *n'a [...] pas pour objet de régler les conditions concernant l'établissement des entreprises concernées* »¹⁵⁰⁵. Une constatation analogue apparaît dans l'arrêt *SC Volksbank România* : la Cour a, en effet, relevé que l'interdiction de percevoir des commissions bancaires n'était pas « *imposée dans le cadre de l'agrément [...] d'établissements de crédit établis dans d'autres États membres* »¹⁵⁰⁶. Au contraire, dans les affaires *Payroll*¹⁵⁰⁷, *Mc Quen*¹⁵⁰⁸ et *Gräbner*¹⁵⁰⁹, les mesures litigieuses empêchaient les entreprises d'accéder au

¹⁴⁹⁸ CJCE, 1^{er} juin 2006, *Innoventif*, aff. C-453/04, *Rec.* p. I-4929.

¹⁴⁹⁹ CJCE, *Semeraro Casa Uno*, aff. jtes C-418 à 421, 460 à 462, 494/93, C-9 à 11, 14, 15, 23, 24 et 332/94, *préc.*

¹⁵⁰⁰ CJCE, *Viacom II*, aff. C-134/03, *préc.*

¹⁵⁰¹ CJUE, 12 juillet 2012, *SC Volksbank România*, aff. C-602/10 (non encore publié au recueil).

¹⁵⁰² CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. 221/85, *préc.*

¹⁵⁰³ CJCE, *Sodemare*, aff. C-70/95, *préc.*

¹⁵⁰⁴ CJCE, *Perfili*, aff. C-177/94, *préc.*

¹⁵⁰⁵ CJCE, *Semeraro Casa Uno*, aff. jtes C-418 à 421, 460 à 462, 494/93, C-9 à 11, 14, 15, 23, 24 et 332/94, *préc.*, pt 32.

¹⁵⁰⁶ CJUE, *SC Volksbank România*, aff. C-602/10, *préc.*

¹⁵⁰⁷ CJCE, *Payroll Data Services*, aff. C-79/01, *préc.*

¹⁵⁰⁸ CJCE, *Mc Quen*, aff. C-108/96, *préc.*

marché de l'Etat d'accueil. Aussi pourrait-on percevoir, dans la jurisprudence, la distinction, opérée par certains avocats généraux et une partie de la doctrine, entre les mesures conditionnant l'accès au marché (accès formel) et les mesures relatives à l'exercice des activités (accès substantiel)¹⁵¹⁰. Tandis que les premières constitueraient des entraves, les secondes ne feraient l'objet d'un contrôle des justifications qu'à la condition qu'elles aient un effet discriminatoire.

369. Cette distinction trouve un certain écho dans la jurisprudence. Ainsi, les procédures d'autorisation sont systématiquement qualifiées de restrictions en ce qu'elles sont susceptibles d'empêcher formellement l'accès au marché¹⁵¹¹.

370. La Cour n'a cependant ni entériné ni même respecté cette distinction entre l'accès formel et l'accès substantiel au marché¹⁵¹².

En effet, certaines mesures jugées non restrictives conditionnaient l'accès au marché. Ainsi, l'inscription au registre du commerce en Allemagne constitue une formalité préalable obligatoire pour pouvoir exercer l'activité : à défaut de payer l'avance exigée, l'entreprise ne peut exercer son activité en Allemagne, autrement dit accéder au marché allemand¹⁵¹³.

Inversement, des mesures ne conditionnant pas formellement l'accès au marché ont pu être qualifiées d'obstacle à la libre circulation des personnes. Par exemple, la Cour a estimé que l'interdiction française faite aux banques de rémunérer les comptes de dépôts à vue constituait « *pour les sociétés [des autres] Etats membres [...] un obstacle sérieux à l'exercice de leurs activités par l'intermédiaire d'une filiale dans ce dernier Etat membre, qui affecte leur accès*

¹⁵⁰⁹ CJCE, *Gräbner*, aff. C-294/00, préc.

¹⁵¹⁰ V. not. le pt 205 des conclusions de l'avocat général LENZ sous l'arrêt *Bosman* (CJCE, *Bosman*, aff. C-415/93, préc.). L'avocat général FENNELLY, dans ses conclusions sous l'arrêt *Graf*, a proposé un test qui rejoint en grande partie cette distinction : constitueraient des restrictions à la libre circulation des personnes, les mesures empêchant formellement l'accès au marché, c'est-à-dire les mesures constituant « un obstacle absolu à l'exercice de l'activité en cause » (CJCE, *Graf*, aff. C-190/98, préc., pt 28 des conclusions). V. également C. BARNARD and S. DEAKIN, "Market access and Regulatory Competition", *op. cit.*, p. 204 ; L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Editions Frison-Roche, 2003, p. 277, spéc. pp. 302-303.

¹⁵¹¹ V. par ex. CJCE, *Webb*, aff. 279/80, préc. ; CJCE, 9 mars 2000, *Commission c/ Belgique*, aff. C-355/98, *Rec.* p. I-1221 ; CJUE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-400/08, préc., pt 65.

¹⁵¹² V. à ce propos, J. SNELL, "The notion of market access...", préc., p. 446.

¹⁵¹³ CJCE, *Innoventif*, aff. C-453/04, préc. Il convient toutefois de préciser qu'il s'agit d'une simple avance d'une somme conforme au droit communautaire en vertu de la 11^{ème} directive (Onzième directive 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un Etat membre par certaines formes de sociétés relevant du droit d'un autre Etat (JO L 395, p. 36)).

au marché »¹⁵¹⁴. Elle a donc examiné les justifications de la mesure et conclu à son caractère disproportionné. Or, la disposition litigieuse ne portait pas sur les conditions d'établissement mais sur les modalités d'exercice de l'activité. La Cour justifie son analyse en faisant valoir que la mesure prive les établissements des banques étrangères de « *la possibilité de livrer [...] une concurrence plus efficace aux établissements de crédit traditionnellement implantés dans l'Etat membre d'établissement, dotés d'un réseau d'agences étendu et disposant, partant, de plus grandes facilités que lesdites filiales pour recueillir des capitaux auprès du public* »¹⁵¹⁵. Elle adopte, de la sorte, un raisonnement analogue à celui qu'elle a déployé dans le cadre de la libre circulation des marchandises à l'égard de certaines modalités de vente, telles que les réglementation de la publicité¹⁵¹⁶. Même si les termes employés ne sont pas exactement les mêmes, l'idée est similaire : les entreprises étrangères ou les produits importés sont présumés se trouver dans une situation désavantageuse par rapport aux entreprises nationales déjà implantées ou par rapport aux marchandises fabriquées localement et déjà connues des consommateurs¹⁵¹⁷. Aussi, une mesure ayant pour effet de priver les entreprises étrangères d'un moyen de concurrence efficace leur permettant d'acquérir une clientèle est-elle constitutive d'une entrave¹⁵¹⁸.

371. Cette approche s'est confirmée dans plusieurs arrêts. La Cour a notamment qualifié d'entraves des mesures obligeant les opérateurs économiques à respecter un tarif minimum, estimant qu'une telle obligation « *a [...] pour effet de priver [les] opérateurs [étrangers] de la possibilité de livrer, par l'offre de tarifs inférieurs à ceux fixés par le tarif imposé, une concurrence plus efficace aux opérateurs économiques installés de façon stable en Italie et disposant, de ce fait, de plus grandes facilités que les opérateurs économiques établis à*

¹⁵¹⁴ CJCE, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, préc., pt 12.

¹⁵¹⁵ Pt 13 de l'arrêt.

¹⁵¹⁶ V. CJCE, *De Agostini and TV-shop*, aff. jtes C-34 à 36/95, préc. ; CJCE, *Gourmet International Products*, aff. C-405/98, préc. V. le A. du présent §, *supra*.

¹⁵¹⁷ Pour une critique de cette présomption, v. chapitre 3, section 2 du présent titre, *infra*.

¹⁵¹⁸ V. les conclusions de l'avocat général TIZZANO sous l'arrêt *CaixaBank*. Celui-ci suggère un double test consistant, tout d'abord, à rechercher si la mesure a pour objet de réglementer l'accès au marché et, en cas de réponse négative, à s'interroger, ensuite, sur l'effet de la mesure : celle-ci défavorise-t-elle les entreprises étrangères et affecte-t-elle donc directement, en pratique, l'accès au marché ? (v. pts 77-89 des conclusions). Cette démarche apparaît très proche de celle employée par la Cour en matière de libre circulation des marchandises.

l'étranger pour s'attacher une clientèle »¹⁵¹⁹.

372. Si l'analyse permet une approche transversale des libertés de circulation¹⁵²⁰, elle manque, en revanche, de cohérence. Appréciables sous cet angle les réglementations litigieuses dans les affaires *Commission c/ Belgique*¹⁵²¹, *Sodemare*¹⁵²² et *Semeraro Casa Uno*¹⁵²³ auraient pu recevoir la qualification d'entrave. Dans les deux premières affaires, l'exclusion du droit au remboursement, si elle n'interdit pas d'accéder au marché, peut se révéler fortement dissuasive pour les entreprises ne remplissant pas les critères fixés par la loi¹⁵²⁴ et l'on peut imaginer qu'elle favorise les opérateurs économiques déjà présents sur le marché. Le même raisonnement peut être tenu à l'égard des réglementations interdisant l'ouverture des magasins le dimanche. Ouvrir un jour supplémentaire dans la semaine, de surcroît le week-end, ne constitue-t-il pas un moyen « *de livrer [...] une concurrence plus efficace aux établissements [...] traditionnellement implantés dans l'Etat membre d'établissement, dotés d'un réseau [de magasins] étendu et disposant, partant, de plus grandes facilités que [les entreprises établies dans d'autres Etats membres] pour [s'attirer une clientèle]* » ?¹⁵²⁵

373. Aussi, la distinction entre les mesures réglementant l'accès au marché et les mesures réglementant les modalités d'exercice des activités économiques, ou encore le test de l'accès formel au marché, ne fournissent pas aujourd'hui un critère explicatif opérationnel de la jurisprudence.

374. A notre sens, deux autres facteurs, non consacrés par la Cour, permettent de comprendre sa démarche. D'une part, il semble que le degré de l'entrave joue un rôle, certes implicite, mais déterminant dans la qualification retenue¹⁵²⁶. A défaut d'introduire formellement un critère *de minimis*, la Cour semble bien procéder à un certain contrôle de proportionnalité dès

¹⁵¹⁹ CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc., pt 125 (à propos d'un contrôle administratif des prix pratiqués par les entreprises de sécurité privée). V. également CJCE, *Cipolla*, aff. C-94/04, préc., pt 59 (à propos de l'interdiction italienne faite aux avocats de déroger aux honoraires minimaux fixés par le Conseil national de l'ordre des avocats). En revanche, la fixation d'un tarif maximum, s'il permet une rémunération correcte des opérateurs économiques, ne prive pas ces opérateurs « *de la possibilité de pénétrer le marché de l'Etat membre d'accueil dans des conditions de concurrence normales et efficaces* » (CJUE, *Commission c/ Italie*, préc., pt 51).

¹⁵²⁰ V. en ce sens A. BAVASSO and D. O'KEEFFE, "Four freedoms, one market...", *op. cit.*, p. 551.

¹⁵²¹ CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. 221/85, préc.

¹⁵²² CJCE, *Sodemare*, aff. C-70/95, préc.

¹⁵²³ CJCE, *Semeraro Casa Uno*, aff. jtes C-418 à 421, 460 à 462, 494/93, C-9 à 11, 14, 15, 23, 24 et 332/94, préc.

¹⁵²⁴ V. en ce sens, D. MARTIN, « "Discriminations", "entraves" et "raisons impérieuses" dans le traité CE... », préc., p. 598.

¹⁵²⁵ V. en ce sens, E. SPAVENTA, Note sous l'arrêt *CaixaBank*, *CML Rev.*, vol. 42, 2005, p. 1151, *spéc.* p. 1158.

¹⁵²⁶ En ce sens, v. J. SNELL, "The notion of market access...", préc., p. 458.

le stade de la qualification de l'entrave. D'autre part, le domaine couvert par la mesure contestée appelle, semble-t-il, des analyses plus ou moins prudentes de la part des juges.

375. Concernant le degré de l'entrave, la Cour a toujours affirmé que « *les articles du traité [...] relatifs à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux constituent des dispositions fondamentales pour la Communauté, et toute entrave, même d'importance mineure, à cette liberté est prohibée* »¹⁵²⁷. Pourtant, la jurisprudence *CaixaBank* semble bien tenir d'une approche en termes de gravité de l'entrave. La Cour n'emploie-t-elle pas l'expression « obstacle sérieux » ?¹⁵²⁸ Dès lors que la réglementation porte sur ce qui constitue, pour la juridiction, un instrument de concurrence important, celle-ci doit être qualifiée de restriction et contrôlée à l'aune du principe de proportionnalité. De même, dans l'arrêt *Commission c/ Italie*, du 28 avril 2009¹⁵²⁹, la Cour a conclu que l'obligation imposée par l'Italie aux compagnies d'assurance établies sur son territoire, ou y fournissant des services, de souscrire l'assurance responsabilité civile automobile et leur interdisant, de ce fait, de choisir leur clientèle, entraînait « *des adaptations et des coûts d'une telle envergure pour lesdites entreprises* » qu'elle rendait « *moins attrayant l'accès au marché italien et, en cas d'accès à ce marché, rédui[sait] la capacité des entreprises concernées de livrer d'emblée une concurrence efficace aux entreprises traditionnellement implantées en Italie* »¹⁵³⁰. L'emploi des termes « *adaptations et coûts d'une telle envergure* » peut être interprété, selon nous, comme la recherche, par la Cour, d'un effet dissuasif substantiel, sans lequel elle aurait pu conclure à l'absence de restriction.

Inversement, l'effet mineur d'une réglementation sur les conditions de concurrence semble conduire la Cour à exclure la qualification d'entrave. Ainsi, le cadre limité et le montant modeste de la taxe communale dans l'affaire *Viacom* a sans doute influencé la décision de la

¹⁵²⁷ CJCE, 13 décembre 1989, *Corsica Ferries France c/ Direction générale des douanes françaises*, aff. C-49/89, *Rec.* p. I-4441, pt 8. V. également CJCE, 15 février 2000, *Commission c/ France*, aff. C-34/98, *Rec.* p. I-1052, pt 49.

¹⁵²⁸ Il convient toutefois de relever que la Commission a contesté cette lecture de l'arrêt *CaixaBank*, considérant qu'« *une mesure susceptible d'avoir un effet restrictif sur la liberté d'établissement doit être qualifiée de restriction, même si l'entrave n'est pas sérieuse* » (v. la décision de la Commission du 10 mai 2007 au titre de l'article 86, paragraphe 3, du traité CE, relative aux droits spéciaux octroyés à la Banque Postale, aux Caisses d'Épargne et au Crédit Mutuel pour la distribution des livrets A et bleu (C(2007) 2110 final, pt 33).

¹⁵²⁹ CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-518/06, préc.

¹⁵³⁰ Pt 70 de l'arrêt.

Cour concernant l'absence d'entrave¹⁵³¹. Sous cet angle, on comprend également mieux pourquoi la mesure contestée dans l'arrêt *Perfili*¹⁵³² n'est pas qualifiée d'entrave : si l'obligation de respecter les exigences procédurales italiennes peut être gênante, elle ne présente pas toutefois un caractère dissuasif sérieux. De même, avancer les frais de publication d'actes au registre du commerce n'affecte pas de manière substantielle l'accès au marché¹⁵³³. L'analyse des arrêts rendus en matière de réglementation des prix confirme cette approche : une mesure fixant des tarifs maximums ne constitue pas une entrave à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, lorsqu'elle permet une rémunération correcte des opérateurs économiques¹⁵³⁴. *A contrario*, s'il s'avère que les prix fixés sont trop bas, la mesure affecte l'accès au marché et doit donc être justifiée. Dès lors, la proportionnalité de la mesure devient un critère de qualification de l'entrave et non plus seulement de justification.

376. On perçoit toutefois bien le caractère éminemment subjectif d'une telle approche, d'autant que les conclusions de la Cour en la matière sont loin d'être précédées d'analyses économiques détaillées¹⁵³⁵. En outre, certaines mesures susceptibles de dissuader substantiellement des entreprises d'offrir leurs services ou de s'établir n'ont pas été qualifiées de restrictions¹⁵³⁶.

377. C'est pourquoi un deuxième facteur nous semble avoir orienté la décision de la Cour dans certaines espèces. A notre sens, les juges ont fait preuve de modération dans les affaires impliquant des domaines sensibles, tels la sécurité sociale ou encore le droit pénal¹⁵³⁷. Dans les secteurs plus économiques, la Cour a, en revanche, moins hésité à qualifier les mesures litigieuses de restriction et à en contrôler les justifications¹⁵³⁸.

¹⁵³¹ CJCE, *Viacom II*, aff. C-134/03, préc. La circonstance qu'il s'agissait d'une taxe peut également expliquer l'approche de la Cour.

¹⁵³² CJCE, *Perfili*, aff. C-177/94, préc.

¹⁵³³ CJCE, *Innoventif*, aff. C-453/04, préc.

¹⁵³⁴ CJUE, *Commission c/ Italie*, aff. C-565/08, préc.

¹⁵³⁵ V. l'appréciation très critique et argumentée du professeur SPAVENTA de l'arrêt *CaixaBank* (E. SPAVENTA, Note sous l'arrêt *CaixaBank*, préc., p. 1151). Pour de plus amples développements, v. chapitre 3, section 2, §2, *infra*.

¹⁵³⁶ CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. 221/85, préc., et CJCE, *Sodemare*, aff. C-70/95, préc. V. *supra*.

¹⁵³⁷ Sont à ranger parmi ces affaires, les arrêts CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. 221/85, préc. ; CJCE, *Sodemare*, aff. C-70/95, préc. ; CJCE, *Perfili*, aff. C-177/94, préc.

¹⁵³⁸ V. par ex. CJCE, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, préc. ; CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc. Nous verrons dans la 2^{ème} partie qu'il existe une certaine hiérarchie dans les justifications des réglementations. Cette hiérarchie se reflète, selon nous, dès le stade de la qualification.

378. A défaut de prise de position de la Cour en ce sens, il est évidemment difficile d'affirmer que ces deux facteurs se sont révélés déterminants. Il nous semble, cependant, que l'examen des entraves à la sortie confirme que le degré de l'effet dissuasif joue un rôle significatif dans l'étape de qualification des mesures.

2. Les restrictions à la sortie

379. La Cour a, généralement, été saisie de mesures émanant de l'Etat d'accueil. Il est arrivé, cependant, que des personnes physiques ou morales se plaignent de la législation de leur Etat d'origine, estimant que celle-ci les empêchait ou les dissuadait d'exercer leurs activités dans d'autres Etats de l'Union européenne. Les entraves dont peuvent être victimes les ressortissants communautaires à cet égard divergent de celles résultant de l'application de la réglementation de l'Etat d'accueil¹⁵³⁹. En effet, la théorie de la double charge n'a pas vocation à s'appliquer puisque, par définition, les ressortissants sont d'abord soumis à la réglementation de leur Etat d'origine, puis, éventuellement, aux réglementations des Etats dans lesquels ils souhaitent exercer leur activité. Dès lors, la charge supplémentaire susceptible d'être qualifiée de restriction ne peut émaner que de l'Etat d'accueil¹⁵⁴⁰. C'est pourquoi, les divergences législatives ne sont pas, par nature, susceptibles, d'entraver leur droit à la libre circulation : si l'Etat d'origine applique une réglementation plus stricte que celle des éventuels Etats d'accueil, les ressortissants ne sont pas empêchés, par cette circonstance, d'accéder au marché d'autres Etats. C'est ainsi qu'il faut comprendre, à notre sens, certains propos de la Cour de justice dans le cadre d'allégations d'entraves à la sortie. Dans l'arrêt *Mattéo Peralta*¹⁵⁴¹, dans lequel était contestée la législation italienne interdisant aux navires de déverser dans les eaux territoriales et les eaux maritimes internes des hydrocarbures et autres substances nocives et formulant une interdiction absolue pour les navires italiens, la Cour observe que, « *en l'absence d'harmonisation communautaire, un Etat*

¹⁵³⁹ V. not. à ce propos le titre 1, chapitre 2, section 2 de la présente partie, *supra*.

¹⁵⁴⁰ V. en ce sens, CJCE, *Mattéo Peralta*, aff. C-379/92, préc., pt 50 : « Il doit être souligné que l'entrave à l'exportation [de services] qu'invoque M. Peralta ne résulte pas de la législation d'un Etat membre sur le territoire duquel est exécuté une prestation de transport mais de la législation de l'Etat membre où l'entreprise a fait immatriculer le navire que dirige l'intéressé et où elle est établie [...]. La situation de cette entreprise vis-à-vis de son propre Etat membre d'établissement ne saurait donc être assimilée à celle d'une entreprise de transport maritime, établie dans un autre Etat membre que l'Italie, qui opérerait à titre temporaire dans ce dernier Etat et qui devrait, de ce fait, satisfaire simultanément aux prescriptions imposées par la législation de l'Etat membre dont son navire bat pavillon et à celles de la législation italienne ».

¹⁵⁴¹ CJCE, *Mattéo Peralta*, aff. C-379/92, préc.

*membre peut [...] imposer des règles techniques, qui lui sont propres et qui ne se retrouvent pas nécessairement dans les autres Etats membres, à des entreprises de transport maritime qui [...] sont établies sur son territoire [...]. Mais les difficultés qui pourraient en résulter pour ces entreprises n'affectent pas la liberté d'établissement au sens de l'article 52 du traité. En effet, ces difficultés ne seraient pas, dans leur principe, d'une autre nature que celle qui peuvent avoir leur origine dans des disparités entre les législations nationales portant, par exemple, sur les coûts du travail, des charges sociales ou sur le régime fiscal »*¹⁵⁴². Concernant la libre prestation de services, les juges font valoir qu'« *on ne saurait considérer comme contraire au principe de non-discrimination l'application d'une législation nationale en raison de la seule circonstance que d'autres Etats membres appliqueraient des dispositions moins rigoureuses* »¹⁵⁴³. Dans l'arrêt *Alpine Investments*¹⁵⁴⁴, dans lequel la Cour était saisie de la réglementation néerlandaise interdisant aux intermédiaires financiers de contacter des particuliers par téléphone sans leur consentement préalable écrit afin de leur proposer certains contrats, elle constate, similairement, « *qu'une interdiction telle que celle qui est en cause dans le litige au principal ne constitue pas une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 59 du seul fait que d'autres Etats membres appliquent des règles moins strictes aux prestataires de services établis sur leur territoire* »¹⁵⁴⁵. Dans ces deux affaires, certains Etats disposaient d'une réglementation plus souple. Toutefois on perçoit mal comment cette seule circonstance aurait pu empêcher une entreprise d'offrir ses services ou de s'établir dans l'Etat membre d'accueil. Au contraire, en elle-même, elle tend à encourager la sortie du territoire et, donc, la circulation. Aussi, la disparité législative n'est-elle pas suffisante pour conclure à l'existence d'une entrave lorsque la réglementation litigieuse émane de l'Etat d'origine. Les distorsions de concurrence qui peuvent résulter d'une telle divergence – les entreprises exerçant leurs activités dans des environnements juridiques qui leur sont plus ou moins favorables – ne peuvent être assimilées à des obstacles à la libre circulation¹⁵⁴⁶. Il nous semble, toutefois, que ces observations de la Cour doivent être limitées

¹⁵⁴² Pt 34 de l'arrêt.

¹⁵⁴³ Pt 48 de l'arrêt.

¹⁵⁴⁴ CJCE, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, préc.

¹⁵⁴⁵ Pt 27 de l'arrêt.

¹⁵⁴⁶ Si tel était le cas, cela conduirait à un alignement automatique des législations des Etats membres sur la législation nationale la plus souple de l'UE. En revanche, le droit communautaire offre un remède explicite à de telles distorsions : l'harmonisation par la voie de l'article 114 TFUE (v. CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil* (« *Dioxyde de titane* »), aff. C-300/89, *Rec. p.* I-2867, pt 23).

à cette hypothèse : en cas de disparités législatives, une réglementation plus stricte de l'Etat d'accueil suffit, dans la plupart des cas, à constater l'existence d'une restriction devant être justifiée par cet Etat¹⁵⁴⁷.

380. Si l'absence de règles harmonisées ne constitue pas le fondement de la restriction en matière d'entraves à la sortie, en revanche, l'accès au marché apparaît comme étant le critère d'appréciation mis en œuvre par la Cour de justice¹⁵⁴⁸. Dans l'arrêt *Alpine Investments*¹⁵⁴⁹, la réglementation litigieuse avait pour particularité de s'appliquer quel que soit le lieu d'établissement des destinataires. Il en résultait que les opérateurs néerlandais ne pouvaient contacter de potentiels clients établis dans des Etats où cette technique était pourtant autorisée. Les juges en déduisent que l'interdiction « *conditionne directement l'accès au marché des services dans les autres Etats membres* »¹⁵⁵⁰ et restreint, dès lors, la libre prestation de services¹⁵⁵¹. Un raisonnement analogue a été mis en œuvre dans l'arrêt *Bosman*¹⁵⁵². Dans cette affaire, la Cour était saisie, sur le fondement de l'article 45 TFUE, des règles établies par la fédération belge de football exigeant, préalablement, au transfert d'un joueur que le nouveau club paie à l'ancien club une indemnité de formation¹⁵⁵³. Ces règles

¹⁵⁴⁷ C'est le cas dans toutes les hypothèses de double charge. V. section 1, du présent chapitre, *supra*. C'est le cas également des réglementations conditionnant l'accès au marché : celles-ci constituent une entrave dès lors qu'elles empêchent une personne d'exercer, dans l'Etat d'accueil, une activité qui leur est autorisée dans leur Etat d'origine (v. 1., *supra*).

¹⁵⁴⁸ Ce critère est applicable lorsque sont discutées des réglementations gênant la prestation de services, la libre circulation des travailleurs ou l'établissement secondaire dans un autre Etat. En revanche, il ne concerne pas les législations relatives au transfert de sièges sociaux. En la matière, la Cour a adopté une position restrictive, renvoyant au législateur communautaire le soin d'adopter des règles uniformisées en la matière. Aussi, un Etat peut-il réglementer les transferts et notamment imposer la dissolution préalable d'une société avant que celle-ci ne s'établisse dans un autre Etat et change de droit (v. CJCE, *Daily Mail and General Trust*, aff. 81/87, préc. ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rec.* p. I-9919, pt 70 ; CJCE, *Cartesio*, aff. C-210/06, préc. (note T. MASTRULLO *Gaz. Pal.*, 22-24 mars 2009, p. 12)). Cette lecture de l'article 49 TFUE a été critiquée par certains qui jugent que les mesures gênant ou empêchant le transfert constituent « *la négation même de la liberté d'établissement* » (pt 34 des conclusions de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt *Cartesio*). Il est à noter que, aux Etats-Unis, le transfert de siège social est beaucoup moins problématique, les Etats fédérés n'ayant pas édicté de réglementations exigeant la dissolution préalable dans l'Etat d'origine de la société ou sa reconstitution dans l'Etat d'accueil (v. H. MUIR WATT, « L'expérience américaine », *op. cit.*, p. 154).

¹⁵⁴⁹ CJCE, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, préc.

¹⁵⁵⁰ Pt 38 de l'arrêt.

¹⁵⁵¹ Il pourrait donc sembler que l'entrave résulte du caractère plus rigoureux de la législation néerlandaise. En réalité, elle résulte de son caractère extraterritorial : la mesure a pour effet de contrôler le comportement des entreprises sur le territoire d'autres Etats en empêchant celles-ci d'utiliser une technique de prise de contact sur les marchés nationaux d'accueil (v. en ce sens, E. SPAVENTA, "From Gebhard to Carpenter...", préc., p. 753).

¹⁵⁵² CJCE, *Bosman*, aff. C-415/93, préc.

¹⁵⁵³ Etaient également contestées les clauses de nationalités limitant la possibilité pour les clubs belges de recruter ou d'aligner en compétition des joueurs de nationalité étrangère (v. pts 115 à 137 de l'arrêt).

étaient indistinctement applicables mais avaient, selon la Cour, pour effet d'empêcher ou de dissuader les joueurs de quitter leurs clubs d'appartenance pour jouer dans un club d'un autre Etat de l'Union européenne. Elle constate donc que la mesure « *conditionne directement l'accès des joueurs au marché du travail dans les autres Etats membres* »¹⁵⁵⁴. Le même test a été employé dans l'arrêt *Graf*¹⁵⁵⁵ mais pour aboutir à la conclusion que la réglementation litigieuse n'entravait pas la libre circulation des travailleurs. En l'espèce, un ressortissant allemand contestait, en se fondant sur la jurisprudence *Bosman*, la réglementation autrichienne relative aux indemnités de fin de contrat de travail. Cette réglementation prévoyait que l'indemnité n'était pas due lorsque l'employé avait volontairement mis fin à son contrat. Pour M. Graf, cette mesure le dissuadait de quitter son emploi en Autriche pour exercer un nouvel emploi dans un autre Etat membre. Observant, d'abord, que la mesure doit « *conditionne[r] l'accès des travailleurs au marché du travail* »¹⁵⁵⁶, la Cour juge l'effet dissuasif « *trop aléatoire et indirect pour que [la mesure] puisse être regardée comme étant de nature à entraver la libre circulation des travailleurs* »¹⁵⁵⁷. En revanche, elle a jugé que la réglementation danoise interdisant aux résidents danois travaillant dans un autre Etat membre de faire usage d'un véhicule immatriculé dans cet autre Etat et mis à leur disposition par leur employeur ou les obligeant, lorsque l'emploi constitue l'activité principale, à s'acquitter d'une taxe, était susceptible de dissuader, d'une part, les employeurs d'autres Etats d'engager ces travailleurs et, d'autre part, ces travailleurs de rechercher un emploi dans un autre Etat membre¹⁵⁵⁸. Aussi, s'appuyant sur la jurisprudence *Graf*, la Cour a constaté que la réglementation conditionnait l'accès au marché du travail d'autres Etats membres¹⁵⁵⁹.

381. Que ce soit dans l'affaire *Graf* ou dans l'affaire *Bosman*, la mesure litigieuse était susceptible de dissuader le ressortissant de faire usage de son droit à la libre circulation. Elle

¹⁵⁵⁴ Pt 103 de l'arrêt.

¹⁵⁵⁵ CJCE, *Graf*, aff. C-190/98, préc.

¹⁵⁵⁶ Pt 23 de l'arrêt.

¹⁵⁵⁷ Pt 25 de l'arrêt.

¹⁵⁵⁸ CJCE, *Commission c/ Danemark*, aff. C-464/02, préc.

¹⁵⁵⁹ Pt 37 de l'arrêt.

concernait donc, dans les deux cas, l'accès aux marchés d'autres Etats¹⁵⁶⁰. Toutefois, ces deux affaires divergent, selon nous, quant au degré de l'obstacle mis à la sortie de l'Etat d'origine. Dans l'arrêt *Bosman*, les indemnités étaient telles qu'aucun club étranger ne voulait ou ne pouvait embaucher le requérant. En pratique, donc, la mesure constituait un obstacle absolu à l'accès au marché d'autres Etats membres¹⁵⁶¹. Dans l'arrêt *Graf*, en revanche, la privation d'indemnités pouvait dissuader le requérant de rompre son contrat de travail mais l'effet dissuasif n'était pas tel qu'il empêchait, en pratique, d'accéder au marché d'autres Etats¹⁵⁶². Comme le relève le professeur BARNARD, aux termes de cet arrêt, il apparaît nécessaire « qu'il y ait davantage qu'un obstacle minimal, lointain à la libre circulation des personnes pour déclencher l'application du traité »¹⁵⁶³.

Cette distinction, selon le degré de l'effet dissuasif, trouve, selon nous, une confirmation dans l'arrêt *Mattéo Peralta*¹⁵⁶⁴ rendu antérieurement aux trois arrêts que nous venons d'évoquer. En l'espèce, la Cour ne mentionne pas l'accès au marché, mais il apparaît clairement que l'obligation italienne de ne pas déverser en mer d'hydrocarbures et autres substances nocives n'empêchait pas les armateurs italiens d'accéder au marché d'autres Etats membres¹⁵⁶⁵. Tout au plus constituait-elle, comme dans l'arrêt *Graf*, une gêne éventuelle¹⁵⁶⁶. L'effet dissuasif était, au contraire, davantage établi dans l'affaire *Commission c/ Danemark*¹⁵⁶⁷ de telle sorte

¹⁵⁶⁰ En revanche, dans l'arrêt *Alpine Investments* la mesure concernait les modalités d'exercice de l'activité dans d'autres Etats. En conséquence, la distinction accès / exercice ne semble pas davantage pouvoir expliquer de manière satisfaisante la jurisprudence en matière de restrictions à la sortie. La Cour relève d'ailleurs dans l'arrêt *Commission c/ Danemark* du 15 septembre 2005 qu'une mesure relative aux modalités d'exercice peut conditionner l'accès à l'activité, excluant de la sorte la distinction proposée par certains avocats généraux et une partie de la doctrine (CJCE, *Commission c/ Danemark*, aff. C-464/02, préc., pt 37).

¹⁵⁶¹ V. en ce sens, G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, op. cit., p. 74.

¹⁵⁶² V. le pt 34 des conclusions de l'avocat général FENNELLY sous l'arrêt : « [les] effets sur la décision de mettre fin à un contrat d'emploi, bien que directs, ne sont pas tels qu'ils restreignent l'accès à un marché du travail national ou, en l'espèce, la sortie de ce marché ».

¹⁵⁶³ C. BARNARD, *The substantive law of the EU...*, op. cit., p. 276. V. également A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, OUP, 2nd ed., 2006, spéc. pp. 456-457.

¹⁵⁶⁴ CJCE, *Mattéo Peralta*, aff. C-379/92, préc. V. *supra*.

¹⁵⁶⁵ V. en ce sens le pt 57 des conclusions de l'avocat général JACOBS sous l'arrêt *Alpine Investments* (CJCE, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, préc.) ; S. WEATHERILL, "After *Keck*...", préc., pp. 898-899.

¹⁵⁶⁶ L'absence d'installation permettant de traiter les hydrocarbures dans les autres Etats membres pouvait gêner l'établissement des armateurs italiens. Toutefois, il n'apparaît pas qu'une telle circonstance puisse être reprochée spécifiquement à l'Italie plutôt qu'aux autres Etats.

¹⁵⁶⁷ CJCE, *Commission c/ Danemark*, aff. C-464/02, préc. V. *supra*.

que la Cour a pu conclure à l'existence d'une restriction¹⁵⁶⁸.

382. L'analyse tant de la jurisprudence relative aux entraves à l'entrée qu'aux entraves à la sortie nous semble indiquer que le degré de l'obstacle joue un rôle dans la qualification retenue par la Cour. Il convient de relever, cependant, que cette appréciation est discutable. Il a, en effet, été suggéré, à de nombreuses reprises, d'introduire un critère *de minimis*, sans que la Cour ne donne suite à cette proposition.

Pour l'avocat général JACOBS, « [l]a question de savoir si une règle imposée par l'Etat membre d'origine constitue une restriction à la libre prestation des services doit être tranchée sur la base d'un critère fonctionnel, consistant à se demander si cette règle entrave de manière substantielle l'aptitude de personnes établies sur son territoire à fournir des services intracommunautaires »¹⁵⁶⁹. Dans l'arrêt *Graf*, l'Autriche faisait valoir, en se fondant notamment sur l'arrêt *Bosman*, que « seules les mesures qui rendent impossible ou excessivement difficile, en droit ou en fait, l'exercice d'un emploi dans un autre Etat membre sont interdites par l'article [45 TFUE] »¹⁵⁷⁰. De même, dans l'affaire des cyclomoteurs, les Pays-Bas, s'appuyant sur la position de l'avocat général JACOBS susmentionnée, ont suggéré l'introduction d'un critère *de minimis*¹⁵⁷¹. Certains auteurs, enfin, ont défendu l'idée que les mesures indistinctement applicables en droit comme en fait et qui n'imposent pas un obstacle direct ou substantiel à l'accès au marché devraient échapper au champ d'application des dispositions du traité¹⁵⁷².

383. La Cour a, jusqu'à présent, toujours ignoré ces suggestions, et même répété qu'aucun seuil de sensibilité n'était exigé¹⁵⁷³, ce qui tend à infirmer leur validité en tant que critère¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁶⁸ Contrairement à l'arrêt *Graf* et dans la lignée de l'arrêt *Alpine Investments*, la mesure litigieuse dans cette affaire défavorisait les résidents sur le marché d'autres Etats.

¹⁵⁶⁹ CJCE, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, préc., pt 47 des conclusions (souligné par nos soins). En matière de marchandises, v. les conclusions du même avocat général sous l'affaire *Leclerc-Siplec* (CJCE, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, préc., pt 42 des conclusions).

¹⁵⁷⁰ V. pt 14 des conclusions de l'avocat général FENNELLY sous l'arrêt *Graf* (aff. C-190/98, préc., nous soulignons).

¹⁵⁷¹ V. pts 37-38 des conclusions de l'avocat général BOT sous l'arrêt CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, préc. Pour le professeur NIC SHUIBHNE, cet arrêt doit inviter à discuter de l'introduction d'un critère *de minimis* dans l'analyse (N. NIC SHUIBHNE, "A court within a court: Is it time to rebuild the Court of Justice?", Editorial, *ELRev.*, n° 2, 2009, p. 173).

¹⁵⁷² S. WEATHERILL, "After *Keck*...", préc., pp. 896 et s. Dans un sens analogue, v. A. BAVASSO and D. O'KEEFFE, "Four freedoms, one market...", *op. cit.*, p. 554 ; A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 456-457.

¹⁵⁷³ V. par ex. CJCE, *Commission c/ France*, aff. C-34/98, préc., pt 49 ; CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Dijkman et Dijkman-Lavaleije*, aff. C-233/09, *Rec. p. I-6645*, pt 42.

En outre, l'exigence d'une restriction substantielle s'accorde mal avec une conception de l'entrave s'étendant aux obstacles potentiels puisqu'il est, dans cette hypothèse, très difficile d'évaluer les effets concrets de la mesure litigieuse. Comme l'a expliqué l'avocat général TESAURO, « *l'applicabilité d'une règle de minimis [...] quand bien même dans certaines limites, nous paraît très difficile, sinon carrément impossible, ne fût-ce que parce que la preuve du caractère substantiel des effets hypothétiques s'avère être une probatio diabolica* »¹⁵⁷⁵. Pourtant, on a vu qu'aucun critère ne permettait de justifier l'intégralité de la jurisprudence de la Cour. Celle-ci ayant à la fois accepté de qualifier d'entrave des mesures qui ne conditionnaient pas l'accès au marché mais refusé de constater une restriction dans tous les cas dont elles étaient saisies, il faut bien qu'un ou plusieurs autres critères aient guidé son analyse. Parmi ces critères, la magnitude des effets restrictifs nous semble avoir été déterminante dans la qualification retenue, lorsque la mesure n'était pas discriminatoire.

C. Des analyses a priori différentes, des résultats relativement similaires

384. On a pu s'interroger sur la compatibilité de la jurisprudence relative à la libre circulation des marchandises et celle relative à la libre circulation des personnes. Autrement dit, on s'est demandé si la Cour avait eu tendance à développer un critère unitaire de l'entrave ou une approche différenciée selon la liberté de circulation en cause¹⁵⁷⁶. Il est vrai que le critère de l'accès au marché, énoncé dans l'arrêt *Keck*, a été étendu aux autres libertés de circulation. Mais s'agit-il du même critère ? La réponse n'est pas évidente puisque la Cour a précisé, dans l'arrêt *Keck*, que la mesure devait empêcher ou gêner davantage l'accès au marché alors que dans sa jurisprudence relative à la libre circulation des personnes elle s'est contentée d'exiger que les mesures conditionnent ou affectent l'accès au marché. Autrement dit, il ne ressort pas clairement de sa jurisprudence concernant les personnes que la réglementation doit constituer un obstacle absolu ou défavoriser en pratique l'accès des ressortissants d'autres Etats

¹⁵⁷⁴ Certains auteurs contestent également une approche en termes d'intensité des effets (v. P. OLIVER, *Free movement of goods...*, op. cit, p. 104 ; A. RIGAUX, « Nouvel épisode de la difficile qualification de mesure d'effet équivalent : le sort des abeilles brunes de Laeso », *Europe*, n° 3, 1999, chron. n°2, p. 7).

¹⁵⁷⁵ Conclusions de l'avocat général TESAURO sous l'arrêt CJCE, *Hünernund E.A.*, aff. C-292/92, préc., pt 21. V. également N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services... », préc., pp. 17 et s.

¹⁵⁷⁶ V. not. M. FALLON, « Vers un principe général de liberté de circulation ?... », préc., p. 73 ; V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 191.

membres au marché national. En outre, la Cour n'a pas étendu la distinction de l'arrêt *Keck* aux autres libertés de circulation. Aussi, pour le professeur BERNARD, « [n]ous sommes en présence de deux lignes jurisprudentielles clairement incompatibles. Dans les arrêts relatifs à la libre circulation des marchandises, la Cour semble exiger un effet de cloisonnement des marchés nationaux ou « de compartimentage » [...] du marché communautaire alors que dans les arrêts *Alpine Investments* et *Bosman*, elle s'est contentée d'une simple restriction à la liberté commerciale d'opérateurs économiques engagés dans des transactions inter-étatiques »¹⁵⁷⁷. En pratique, cependant, les analyses de la Cour ont eu tendance à converger ces dernières années en ce qui concerne les entraves à l'entrée : lorsqu'une mesure n'empêche pas d'accéder au marché¹⁵⁷⁸, elle ne constitue une restriction devant être justifiée que si elle prive les entreprises étrangères des moyens d'exercer une concurrence efficace aux entreprises déjà établies¹⁵⁷⁹.

385. A la sortie, la question est plus délicate, puisque, en principe, seules les mesures discriminatoires, directement ou indirectement depuis 2008¹⁵⁸⁰, sont interdites par l'article 35 TFUE. Or, les dispositions litigieuses dans les arrêts *Alpine Investments* et *Bosman* étaient indistinctement applicables tant en droit qu'en fait¹⁵⁸¹. L'arrêt *Alpine Investments* ne nous semble cependant pas être en contradiction avec la jurisprudence relative aux mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation. En effet, la réglementation néerlandaise prescrivait le comportement à suivre sur le marché d'autres Etats. C'est donc comme si un Etat prescrivait la manière dont une marchandise pouvait être vendue à l'étranger. Il apparaît relativement évident qu'une telle législation – si elle était applicable –

¹⁵⁷⁷ N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services... », préc., p. 25. V. également p. 23.

¹⁵⁷⁸ Les mesures empêchant d'accéder au marché sont, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, les conditions relatives aux caractéristiques des produits et, dans le domaine de la libre circulation des personnes, les réglementations conditionnant l'accès au marché.

¹⁵⁷⁹ A cet égard un parallèle peut être fait entre les modalités de vente et les mesures relatives à l'exercice des activités économiques.

¹⁵⁸⁰ CJCE, *Gysbrechts et Santurel Inter*, aff. C-205/07, préc. A ce propos, v. chapitre 1, section 1, §1, B, du présent titre, *supra*.

¹⁵⁸¹ Pour le professeur WEATHERILL, la jurisprudence n'est pas cohérente en ce domaine (v. S. WEATHERILL, "After *Keck*...", préc., pp. 901 et s.). V. également en ce sens, L. DANIELE, "Non discriminatory restrictions to the free movement of persons", préc., pp. 198 et s. ; M. FALLON, « Vers un principe général de liberté de circulation ?... », préc., p. 102 ; C. HILSON, "Discrimination in Community free movement law", préc., pp. 458-459.

serait condamnée par la Cour de justice¹⁵⁸². En revanche, l'arrêt *Bosman* nous paraît plus difficilement conciliable avec la jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises. Mais la Cour n'ayant, à notre connaissance, jamais eu à se prononcer sur des mesures indistinctement applicables constituant en pratique un obstacle absolu à l'exportation, il est difficile de conclure à une réelle contradiction des jurisprudences.

386. L'analyse de la jurisprudence communautaire en matière d'accès au marché montre que le critère demeure nébuleux et qu'il ne permet pas de distinguer clairement les mesures restrictives des libertés de circulation et devant donc être justifiées, des mesures non restrictives. Aussi, faudrait-il, comme de nombreux auteurs l'ont relevé, que la Cour définisse plus précisément le test employé. M. DEFOSSEZ a très clairement résumé les enjeux d'un tel éclaircissement : « (i) éviter un nouveau déferlement de questions préjudicielles absurdes à cause d'une mauvaise (ou trop large) compréhension de celui-ci, (ii) vaincre les réticences des Etats membres face à ce qu'ils pourraient considérer comme une méthode de dérégulation sauvage et de remise en cause de leurs compétences nationales et, enfin, (iii) éviter que cette refondation ne soit en fait un appauvrissement de sa jurisprudence, une négation des spécificités inhérentes à chaque liberté sur l'autel de la simplification à tout crin »¹⁵⁸³.

387. A défaut d'un tel éclaircissement, les libertés de circulation risquent d'être « dénaturées : tandis que ces règles ont en principe pour objet de faciliter le décloisonnement des marchés nationaux, les ressortissants communautaires en tirent un droit à la liberté économique ou commerciale. Les Etats risquent alors de perdre tout pouvoir de réglementation économique »¹⁵⁸⁴. L'expérience américaine de la *due process clause* montre qu'un tel danger n'est pas fictif.

¹⁵⁸² V. en ce sens, G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, *op. cit.*, p. 83, n. 111. L'arrêt *Gysbrechts et Santurel Inter* nous semble aller en ce sens. En l'espèce, la Cour a qualifié de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation la réglementation belge interdisant, dans les contrats à distance, aux commerçants d'exiger des consommateurs un acompte ou un paiement quelconque avant l'expiration du délai de renonciation (CJCE, *Gysbrechts et Santurel Inter*, aff. C-205/07, préc.). Cette législation nous semble produire des effets analogues à celle discutée dans l'arrêt *Alpine Investments* : l'Etat interdit aux opérateurs établis sur leur territoire d'adopter un certain comportement vis-à-vis de clients se trouvant dans un autre Etat où ledit comportement est peut être autorisé. A propos de cet arrêt v. *Europe*, février 2009, comm. 77, A. Rigaux.

¹⁵⁸³ A. DEFOSSEZ, « L'histoire d'une divergence... », préc., p. 459.

¹⁵⁸⁴ L. AZOULAI, « La formule de l'entrave », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 1, spéc. p. 14.

Chapitre 3 – Du décloisonnement des marchés à la liberté économique des opérateurs ?

388. La clause de commerce comme les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ont, en principe, pour vocation de protéger l'intérêt de l'Union à la libre circulation et non un intérêt individuel à la liberté économique¹⁵⁸⁵. Les juridictions suprêmes, américaine et communautaire, ont toutes deux, à leur manière, exprimé cette idée.

Ainsi, c'est parce que « *les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article [34] du traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres Etats membres* »¹⁵⁸⁶, que la Cour a estimé dans l'arrêt *Keck et Mithouard* « *nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière* »¹⁵⁸⁷. Par la suite, elle a constaté, dans certains arrêts, que la mesure litigieuse dont elle était saisie restreignait la liberté commerciale des opérateurs et a, néanmoins, rejeté la qualification d'entrave¹⁵⁸⁸. Aussi, même si « *la jurisprudence communautaire reconnaît [...] les droits fondamentaux de la liberté d'entreprendre et de la propriété [...] ces droits doivent être considérés comme secondaire en comparaison des principes qui organisent le marché commun* »¹⁵⁸⁹. Pourtant, la jurisprudence demeure ambiguë sur la fonction des libertés de circulation en tant que droits fondamentaux

¹⁵⁸⁵ V. en ce sens, aux Etats-Unis : R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., p. 46 et pp. 114 et s.

¹⁵⁸⁶ CJCE, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267 et 268/91, préc., pt 14.

¹⁵⁸⁷ *Id.*

¹⁵⁸⁸ V. par ex. CJCE, *lait 1^{er} âge*, aff. C-391/92, préc. (à propos de l'interdiction hellénique de vendre des laits transformés du premier âge en dehors des pharmacies).

¹⁵⁸⁹ L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », *op. cit.*, p. 281. Dans le même sens, J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement, The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002, spéc. p. 76 : « *en droit communautaire, la liberté commerciale et les autres droits fondamentaux ont, jusqu'à maintenant, eu une fonction résiduaire* ». A noter que « [l]e libre exercice de l'activité économique est protégé en tant que liberté d'entreprendre par l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » (v. pt 106 des conclusions de l'avocate générale KOKOTT sous l'arrêt CJUE, 12 juillet 2012, *Association Kokopelli*, aff. C-59/11 (non encore publié au recueil)).

du citoyen¹⁵⁹⁰ et un hiatus semble apparaître entre la position de la Cour de justice dans l'arrêt *Keck et Mithouard* et les conséquences pratiques des arrêts qu'elle a pu rendre (section 2).

Aux Etats-Unis, la clause de commerce n'a pas été conçue comme un instrument de protection de la liberté économique. En revanche, la *due process clause* du 14^{ème} amendement a été utilisée, à une certaine époque, pour écarter les réglementations étatiques jugées trop restrictives des libertés économiques (section 1).

Section 1 – L'interdiction des atteintes à la liberté économique : une jurisprudence abandonnée aux Etats-Unis

389. Quoiqu'ambigue dans certains arrêts, la Cour Suprême a exclu que la clause de commerce serve à écarter des réglementations étatiques au seul motif qu'elles gêneraient l'exercice de certaines activités économiques (§1). En revanche, la *due process clause* a rempli cette fonction à la fin du 19^{ème} siècle et au début du 20^{ème} siècle. Cette conception de la *due process clause*, très critiquée par certains juges¹⁵⁹¹ et par la doctrine¹⁵⁹², a été abandonnée, de telle sorte que la Constitution ne contient pas, au-delà de l'interdiction du protectionnisme, de disposition limitant sérieusement la liberté réglementaire des Etats (§2).

§1. La clause de commerce protège le commerce interétatique et non les opérateurs économiques

390. Les juges de la Cour Suprême ont indiqué, à quelques reprises, que « [n]ous ne pouvons [...] accepter [l'idée défendue] [...] selon laquelle la clause de commerce protège la structure particulière ou une méthode [économique] sur le marché. [...] [L]a clause [de commerce]

¹⁵⁹⁰ V. N. NIC SHUIBHNE, "Margins of appreciation : National values, fundamental rights and EC free movement law", *ELRev.*, n° 2, 2009, p. 230, *spéc.* pp. 235 et s.

¹⁵⁹¹ V. par ex. l'opinion dissidente du juge SOUTER dans l'arrêt *United States v. Lopez*, 514 U.S., préc., pp. 604-605 ; l'opinion du juge ROBERTS et du juge Scalia dans l'arrêt *United Haulers Assn*, 550 U.S., préc., pp. 347-353.

¹⁵⁹² V. par ex. D. A. STRAUSS, "Why Was *Lochner* Wrong ?", *U. Chi. L. Rev.*, vol. 70, 2003, p. 373.

protège le marché interétatique, et non des entreprises interétatiques en particulier »¹⁵⁹³.

391. C'est ainsi qu'ils ont rejeté des recours exercés par des opérateurs économiques exclus du marché d'un Etat, en raison de la réglementation de celui-ci, en l'absence de démonstration d'une discrimination. Par exemple, dans l'arrêt *Exxon*, ils ont refusé de sanctionner la réglementation de l'Etat du Maryland interdisant aux compagnies pétrolières de posséder une station-service sur le territoire de l'Etat et leur imposant d'étendre à toutes les stations-service les réductions de prix accordées à certaines d'entre elles. La circonstance que la mesure puisse affecter « *le fonctionnement naturel du marché* »¹⁵⁹⁴ a été jugée non pertinente pour apprécier l'éventuelle violation de la clause de commerce. Dans l'arrêt *Brown v. Hovatter*¹⁵⁹⁵, la Cour d'appel du 4^{ème} circuit s'est fondée sur le précédent *Exxon* pour exclure qu'une mesure interdisant aux personnes morales de détenir des établissements funéraires dans le Maryland viole la clause de commerce. Certes, une telle mesure affecte la liberté économique des personnes souhaitant exercer cette activité, celles-ci ne pouvant se constituer sous la forme de sociétés. Toutefois, une telle liberté n'est pas, selon la Cour d'appel, protégée par la clause de commerce¹⁵⁹⁶.

392. Les juges de Washington ont également rejeté les recours dirigés contre des réglementations non discriminatoires limitant certaines transactions. Ainsi, dans l'arrêt *CTS*¹⁵⁹⁷, la société requérante faisait valoir que la législation de l'Indiana qui prévoyait une autorisation de l'assemblée des actionnaires d'une entreprise pour que les actions achetées par un tiers soient accompagnées d'un droit de vote, lorsque le pourcentage d'actions acquises dépassait un certain seuil, avait pour effet de décourager les offres publiques d'achat. La Cour Suprême a considéré que, même si cet effet était avéré, la réglementation, non discriminatoire, n'était pas contraire à la clause de commerce.

393. Cette précision n'a, cependant, pas écarté définitivement tout doute quant à l'utilisation de la clause de commerce comme instrument de dérégulation de l'économie. Les formules employées dans certains arrêts par les juges de Washington ou les solutions retenues dans certaines espèces ont pu susciter les interrogations de la doctrine.

¹⁵⁹³ *Exxon Corp.*, 437 U.S., préc., pp. 127-128 ; *CTS Corp.*, 481 U.S., préc., pp. 93-94 ; *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S., préc., p. 474.

¹⁵⁹⁴ P. 127 de l'arrêt.

¹⁵⁹⁵ *Brown v. Hovatter*, 561 F.3d 357, préc.

¹⁵⁹⁶ V. pp. 364-365 de l'arrêt.

¹⁵⁹⁷ *CTS Corp.*, 481 U.S. 69, préc.

L'arrêt *Pike*¹⁵⁹⁸, très abondamment discuté par la doctrine, a, ainsi, été lu par certains comme protégeant les choix économiques des opérateurs. En l'espèce, l'entreprise Bruce Church disposait d'une usine de conditionnement en Californie et la réglementation de l'Arizona l'obligeait à construire une usine sur son territoire pour conditionner les melons qu'elle y produisait. En déclarant inconstitutionnelle la réglementation, la Cour aurait donc implicitement reconnu que la liberté des opérateurs économiques de localiser leurs activités dans l'Etat de leur choix méritait une protection juridictionnelle¹⁵⁹⁹.

Quelques espèces ont également engendré la perplexité de certains auteurs. La condamnation d'un monopole dans l'affaire *C&A Carbone* a été conçue, par certains, comme la volonté de protéger, par le biais de la clause de commerce, une libre concurrence interétatique¹⁶⁰⁰.

En outre, la Cour a pu décrire la *dormant commerce clause* comme attribuant un droit pour les individus « *de s'engager dans le commerce interétatique exempt de réglementations étatiques restrictives* »¹⁶⁰¹.

394. La Cour Suprême a, cependant, rappelé, dans l'arrêt *United Haulers Assn.* de 2007, que « [l]a *clause de commerce* [...] *n'élève pas la liberté du commerce au dessus des autres valeurs* »¹⁶⁰². Retraçant les errements de la jurisprudence relative à la *due process clause*¹⁶⁰³, elle a refusé de s'engager dans un contrôle approfondi des réglementations économiques non discriminatoires. Aussi, nonobstant les ambiguïtés de certains arrêts, il apparaît clairement que les opérateurs ne peuvent s'appuyer sur la *commerce clause* pour contester les réglementations étatiques dont le seul effet est de restreindre leur liberté économique.

§2. *L'economic due process : une jurisprudence révolue*

395. Aux termes de la *due process clause* du 14^{ème} amendement, aucun Etat « *ne privera une*

¹⁵⁹⁸ *Pike*, 397 U.S. 137, préc.

¹⁵⁹⁹ D. S. DAY, "Revisiting *Pike*...", préc., p. 55. Pour de plus amples développements sur cet arrêt, v. titre 2, chapitre 1, section 2 de la présente partie, *supra*.

¹⁶⁰⁰ L. HEINZERLING, "The Commercial Constitution", préc., p. 230.

¹⁶⁰¹ *Dennis v. Higgins*, 498 U.S. 439, 448 (1991): "to engage in interstate trade free from restrictive state regulation".

¹⁶⁰² *United Haulers Assn.*, 550 U.S., préc., p. 344 (rappel de la formule employée dans l'arrêt *Maine v. Taylor*, 477 U.S. 131, 151 (1986)).

¹⁶⁰³ V. section 2 du présent chapitre, *infra*.

personne de vie, de liberté ou de propriété sans le bénéfice des protections dues par le droit ». Les citoyens ont pu s'appuyer, à une certaine époque, sur la *due process clause* du 14^{ème} amendement pour s'opposer aux mesures étatiques réglementant leurs activités économiques¹⁶⁰⁴. Initialement, la Cour n'avait donné qu'une portée procédurale à la *due process clause* et refusé de reconnaître un droit substantiel de nature à rendre inconstitutionnelles des mesures limitant l'exercice d'activités économiques¹⁶⁰⁵. La Cour a, toutefois, progressivement interprété le terme « liberté » contenu dans la clause comme incluant la liberté physique mais également « *le droit de vivre et travailler n'importe où, de gagner sa vie par n'importe quelle activité licite [...], de conclure, à cette fin, tout contrat nécessaire pour atteindre ces objectifs* »¹⁶⁰⁶.

396. Sur ce fondement, la Cour a, entre la fin du 19^{ème} siècle et 1934, déclaré inconstitutionnelles de nombreuses réglementations, en particulier dans le domaine social¹⁶⁰⁷, estimant que les Etats avaient porté une atteinte disproportionnée à la liberté économique¹⁶⁰⁸.

Les exemples sont très variés et touchent toutes les activités économiques.

Ont notamment été jugées contraires à la *due process clause* des réglementations relatives aux caractéristiques des marchandises. Dans l'affaire *Jay Burns Baking Co.*¹⁶⁰⁹, la Cour a déclaré inconstitutionnelle une réglementation, jugée trop restrictive, du poids du pain. Dans l'affaire *Weaver v. Palmer*¹⁶¹⁰, elle a considéré que l'interdiction d'utiliser certains matériaux, jugés de mauvaise qualité par l'Etat, dans la fabrication de la literie était contraire à la *due process clause*, dans la mesure où le danger pour la santé n'était pas démontré.

¹⁶⁰⁴ C'est d'abord dans la *contract clause* de l'article I, section 10 de la Constitution que la Cour Suprême est allée chercher la source de son contrôle des réglementations économiques (aux termes de cette clause, « *aucun Etat ne pourra [...] promulguer [...] aucune loi [...] qui porterait atteinte aux obligations résultant des contrats* »). Toutefois, la *due process clause* a progressivement supplanté la *contract clause* pour s'imposer à la fin du 19^{ème} siècle en tant que norme protégeant la liberté économique contre les ingérences des Etats (v., à ce propos, O. H. STEPHENS Jr. and J. M. SCHEB II, *American Constitutional Law*, Wadsworth, 2nd ed., 1999, pp. 378 et s.).

¹⁶⁰⁵ V. par ex. *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, préc. ; *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876).

¹⁶⁰⁶ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578, 589 (1897). Cet aspect de la clause est généralement désigné par les termes "*economic due process*".

¹⁶⁰⁷ Ce sont, approximativement, 200 réglementations étatiques et fédérales qui ont été déclarées contraires à l'*economic due process clause* (v. P. S. DEMPSEY, "Transportation : a Legal History", préc., p. 300 ; I. ELIASOPH, "A "Switch in Time" for the European Community?...", préc., p. 473, n. 28).

¹⁶⁰⁸ Sur la nature du test de proportionnalité employé, v. la 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, §1, C, 2, *infra*.

¹⁶⁰⁹ *Jay Burns Baking Co.*, 264 U.S. 504, préc.

¹⁶¹⁰ *Weaver v. Palmer Bros.*, 270 U.S. 402 (1926).

Le 14^{ème} amendement a également été appliqué à des mesures réglementant l'accès aux activités économiques. Il a ainsi été jugé qu'une loi interdisant à une société de posséder des pharmacies, lorsque tous les actionnaires de la société n'étaient pas pharmaciens, ne présentait pas « *de lien réel ou substantiel avec la santé publique* » et qu'elle créait « *une restriction non raisonnable et non nécessaire à une activité économique privée* »¹⁶¹¹.

Cette disposition a également servi à protéger la liberté contractuelle et le droit des destinataires de services de choisir leurs prestataires. Ainsi, a été condamnée une mesure interdisant aux citoyens étatiques de conclure des contrats d'assurance avec des entreprises établies dans d'autres Etats¹⁶¹².

Dans le domaine social, la *due process clause* a conduit à l'invalidation de législations protectrices des droits des employés. Ont ainsi été jugées contraires à la *due process clause* une législation sur le temps de travail¹⁶¹³ ou encore une législation interdisant aux employeurs d'exiger de leurs salariés qu'ils renoncent à adhérer à un syndicat¹⁶¹⁴.

397. L'approche de la Cour en ce domaine n'a jamais fait l'unanimité. Dans la fameuse décision *Lochner* de 1905, le juge HOLMES a, dans son opinion dissidente, relevé que « *la Constitution ne contient pas une théorie économique particulière, qu'il s'agisse du paternalisme [...] ou du laissez-faire* »¹⁶¹⁵. Il s'est donc systématiquement opposé à l'ingérence de la Cour dans les choix législatifs des Etats.

Il faut, toutefois, remarquer que l'approche de la Cour n'a pas été constante. Elle n'a, en effet, pas systématiquement invalidé les réglementations dont elle a été saisie¹⁶¹⁶. Au contraire, elle a rappelé, à plusieurs reprises, que ce sont « *les autorités législatives et non les juridictions qui sont les premiers juges de la nécessité de réglementer les situations locales* ». Elle en a conclu que « *les Cours ne peuvent intervenir que lorsque la réglementation excède*

¹⁶¹¹ *Liggett Co. v. Baldriedge*, 278 U.S. 105, 113 (1928).

¹⁶¹² *Allgeyer*, 165 U.S. 578, préc. Cet arrêt renvoie, implicitement, à la distinction service / établissement. Une entreprise d'assurance souhaitant exercer une activité régulière sur le territoire d'un Etat doit respecter les exigences de cet Etat (*Hooper v. California*, 155 U.S. 648 (1895)). En revanche, il ne peut être interdit au ressortissant d'un Etat de recourir aux services d'une entreprise établie dans un autre Etat.

¹⁶¹³ *Lochner*, 198 U.S. 45, préc.

¹⁶¹⁴ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915).

¹⁶¹⁵ *Lochner*, 198 U.S., préc., p. 75.

¹⁶¹⁶ V. par ex. *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908) ; *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917). A ce propos, v. O. H. STEPHENS Jr. and J. M. SCHEB II, *American Constitutional Law*, op. cit. pp. 386-387.

arbitrairement l'exercice raisonnable de cette autorité »¹⁶¹⁷. Autrement dit, elle n'a déclaré inconstitutionnelles que des mesures dont il n'apparaissait pas, selon elle, qu'elles étaient susceptibles d'atteindre l'objectif allégué.

398. La subjectivité d'une telle approche a, cependant, toujours été vivement contestée. La Cour Suprême a donc, à partir de 1934, abandonné cette jurisprudence. Dans l'arrêt *Nebbia*¹⁶¹⁸, rendu cette année là, elle a estimé que les Etats étaient « *libres d'adopter toute politique économique pouvant être raisonnablement considérée dans l'intérêt public et d'appliquer cette politique au travers de législations adaptées à cette finalité. Les juridictions ne disposent d'aucune autorité pour déclarer une telle politique [contraire à la Constitution] ou la renverser* ». Elle a, en conséquence, refusé de déclarer contraire au 14^{ème} amendement une réglementation de l'Etat de New York fixant un prix minimum pour l'achat de lait auprès des producteurs établis dans l'Etat. Par la suite, aucune réglementation non tarifaire n'a été jugée inconstitutionnelle sur le fondement de *l'economic due process clause*¹⁶¹⁹. Tout en maintenant un contrôle minimal des législations¹⁶²⁰, la Cour a refusé d'apprécier la rationalité économique des législations étatiques et a systématiquement écarté les prétentions des opérateurs économiques¹⁶²¹.

399. En conséquence, aucune disposition constitutionnelle ne permet aujourd'hui de contester une réglementation étatique au seul motif qu'elle affecte la liberté économique des personnes auxquelles elle s'applique.

Dans l'Union européenne, si les dispositions du traité relatives aux libertés de circulation ne poursuivent pas, initialement, une finalité de libéralisation de l'économie, il est loisible de s'interroger sur la portée que la Cour de justice leur a donné dans certaines espèces.

¹⁶¹⁷ V. par ex. *Schmidinger v. City of Chicago*, 226 U.S. 578, 587-588 (1913).

¹⁶¹⁸ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).

¹⁶¹⁹ En matière tarifaire, la jurisprudence demeure très isolée. V. par ex. *ASARCO Inc. v. Idaho State Tax Comm'n*, 458 U.S. 307 (1982).

¹⁶²⁰ Aux termes de la nouvelle jurisprudence, une mesure pourrait être déclarée inconstitutionnelle si la réglementation litigieuse était « *si déraisonnable et extravagante dans sa nature et son objectif que les droits du citoyens seraient d'une manière non nécessaire et arbitraire affectés ou détruits [...]* » (*Breard*, 341 U.S., préc., p. 630, n. 8).

¹⁶²¹ V. par ex. *Breard*, 341 U.S. 622, préc. (constitutionnalité d'une mesure interdisant le démarchage à domicile) ; *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961) (constitutionnalité d'une mesure interdisant, sauf exception, la vente le dimanche) ; *Williamson v. Lee Optical, Inc.*, 348 U.S. 483 (1955) (constitutionnalité d'une mesure réservant la mise en place de lentilles, leur fabrication et leur remplacement aux titulaires d'une licence d'optométriste ou d'ophtalmologiste) ; *Exxon Corp.*, 437 U.S. 117, préc. ; *Orrin W. Fox Co.*, 439 U.S. 96, préc. (constitutionnalité d'une réglementation obligeant les constructeurs automobiles à obtenir une autorisation pour ouvrir une nouvelle concession dans la zone d'un franchisé si ce dernier en fait la demande auprès des autorités).

Section 2 – L’interdiction des atteintes à la liberté économique : un glissement jurisprudentiel incertain dans l’Union européenne

400. Comme l’a relevé le professeur POIARES MADURO, les tests d’accès au marché « *peuvent [...] aisément se confondre avec une approche fondée sur la liberté commerciale puisque la frontière entre la sécurisation de l’accès aux marchés nationaux et la simple promotion de l’accès au marché est souvent subtile et difficile à établir* »¹⁶²². Certains arrêts de la Cour illustrent bien ce possible glissement entre un droit à la libre circulation et un droit à la liberté économique (§1).

401. Ce glissement est, selon nous, le résultat d’une analyse inachevée, rendant le résultat des contrôles relativement confus (§2).

§1. Une frontière difficilement perceptible entre le décloisonnement des marchés et la liberté économique

402. Dans plusieurs arrêts, l’entrave semble résulter avant tout de l’atteinte à la liberté économique des opérateurs, même si la Cour de justice appuie son analyse sur un effet discriminant et substantiellement dissuasif, introduisant, implicitement, un critère *de minimis*¹⁶²³.

403. Ont ainsi été qualifiées de restrictions, l’interdiction pour les banques de rémunérer les comptes de dépôt à vue¹⁶²⁴, l’obligation pour des entreprises de contracter¹⁶²⁵ ou encore l’obligation d’obtenir une autorisation pour modifier le fonctionnement de l’entreprise, en particulier le nombre de personnels¹⁶²⁶.

404. La Cour recourt au critère de l’accès au marché : ces réglementations gênaient, à son

¹⁶²² M. POIARES MADURO, « La Cour de justice de l’Union européenne et la Cour Suprême des Etats-Unis face à l’entrave », in *L’entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 259, spéc. p. 263.

¹⁶²³ V. à ce propos notre analyse *supra*, chapitre 2, section 2, §2, B, 1 du présent titre.

¹⁶²⁴ CJCE, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, préc.

¹⁶²⁵ CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-518/06, préc.

¹⁶²⁶ CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc.

sens, l'accès des entreprises étrangères au marché national.

On relèvera qu'aucune de ces mesures ne conditionnait l'accès au marché et que toutes s'appliquaient de la même manière aux opérateurs nationaux et aux opérateurs étrangers. Dans ces hypothèses, les opérateurs pouvaient accéder au marché de l'Etat d'accueil mais devaient, sous peine de sanctions, se soumettre à un certain nombre de règles. Ce qui est donc susceptible de dissuader les entreprises d'accéder au marché est la contrainte que font peser ces règles sur leurs choix stratégiques. Autrement dit, ces mesures sont jugées restrictives des libertés de circulation parce que, *in fine*, elles portent atteinte à la liberté économique des opérateurs.

Ce raisonnement transparaît dans l'arrêt *Agents de sécurité* de 2007. En l'espèce, la Cour devait, notamment, apprécier une mesure imposant aux entreprises de notifier toute variation ou modification dans le fonctionnement de l'entreprise, en particulier une modification du nombre de gardes employés. Selon les juges de Luxembourg, « *eu égard aux limitations [...] apportées aux pouvoirs d'organisation et de direction de l'opérateur économique et à leurs conséquences en terme de coût, les entreprises de sécurité privée étrangères peuvent être dissuadées de constituer des établissements secondaires ou des filiales en Italie ou d'offrir leurs services sur le marché italien* »¹⁶²⁷.

L'idée ressort également très clairement de l'argumentaire de la Commission dans l'arrêt *Commission c/ Italie* du 28 avril 2009, relatif à la réglementation italienne obligeant les assureurs à souscrire l'assurance responsabilité civile automobile auprès de tout automobiliste en faisant la demande. Celle-ci relève que les entreprises « *seraient empêchées de déterminer librement leur offre de services d'assurance et les destinataires de ces services* »¹⁶²⁸. Par opposition, l'Italie faisait valoir que les objectifs qu'elle poursuivait « *ne sauraient être mis en échec par la liberté commerciale des entreprises* »¹⁶²⁹. La Cour indique, pour sa part, que la mesure « *constitue une ingérence substantielle dans la liberté de contracter* »¹⁶³⁰ et oblige les entreprises d'assurance à « *repenser leur politique et leur stratégie commerciales, notamment en élargissant considérablement le spectre de leur offre de services d'assurance* »¹⁶³¹. Une

¹⁶²⁷ CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc., pt 102.

¹⁶²⁸ CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-518/06, préc., pt 44.

¹⁶²⁹ Pt 52 de l'arrêt.

¹⁶³⁰ Pt 66 de l'arrêt.

¹⁶³¹ Pt 69 de l'arrêt.

telle ingérence « *rend moins attrayant* », selon elle, « *l'accès au marché* » et, « *en cas d'accès à ce marché, réduit la capacité des entreprises concernées de livrer d'emblée une concurrence efficace aux entreprises traditionnellement implantées en Italie* »¹⁶³².

Il apparaît donc qu'une mesure limitant les choix des opérateurs économiques quant à leur stratégie commerciale est susceptible, *de facto*, de les dissuader de fournir un service ou de s'établir à titre secondaire sur le territoire d'un Etat et constitue dès lors une entrave que l'Etat doit justifier.

405. Certes, il ne semble pas suffisant de prétendre que la réglementation litigieuse contraint les choix économiques des opérateurs pour que celle-ci soit qualifiée de restriction. Dans la mesure où un très grand nombre de facteurs juridiques – droit social, droit fiscal, droit des sociétés, droit des contrats, etc. – affecte le choix des opérateurs de commercialiser leurs marchandises ou leurs services dans un Etat ou de s'y établir à titre secondaire¹⁶³³, un tel critère permettrait de contester n'importe quelle législation. Or, les arrêts de la Cour employant un tel raisonnement demeurent, à l'heure actuelle, relativement peu nombreux. Dans certains domaines, tels que le domaine fiscal ou social, la juridiction recourt à d'autres instruments d'analyse¹⁶³⁴. En outre, dans certains arrêts, elle a conclu à l'absence de restriction. Ainsi, dans l'arrêt *Commission c/ Italie* du 29 mars 2011¹⁶³⁵, la Commission européenne faisait valoir que les tarifs maximaux imposés aux avocats en Italie pouvaient priver d'attrait le marché italien des prestations juridiques pour les professionnels établis dans d'autres Etats membres et portait atteinte à la liberté contractuelle de l'avocat¹⁶³⁶. Il est vrai qu'une telle réglementation affectait les choix stratégiques des opérateurs économiques concernés. La Cour a, toutefois, rejeté le recours de la Commission européenne au motif qu'il n'était pas démontré que les avocats établis dans d'autres Etats membres étaient « *privés de la possibilité de pénétrer le marché [italien] dans des conditions de concurrence normales et efficaces* »¹⁶³⁷. Elle a employé un raisonnement analogue dans l'arrêt *SC Volksbank*

¹⁶³² Pt 70 de l'arrêt.

¹⁶³³ Par exemple, un impôt élevé sur les sociétés ou un droit du travail particulièrement protecteur des salariés peut fortement influencer la décision d'une entreprise d'ouvrir un établissement secondaire sur le territoire d'un Etat.

¹⁶³⁴ V. à ce propos, le titre 1, chapitre 1, section 2, §3 de la présente partie, *supra*.

¹⁶³⁵ CJUE, *Commission c/ Italie*, aff. C-565/08, préc.

¹⁶³⁶ V. pt 31 de l'arrêt.

¹⁶³⁷ Pt 51 de l'arrêt.

*România*¹⁶³⁸. Selon la Cour, la limitation roumaine des commissions bancaires perçus par les organismes de crédit à la consommation n'entraînait pas « *une charge supplémentaire pour les établissements de crédit établis dans d'autres États membres ni, à plus forte raison, la nécessité, pour ces entreprises, de revoir leur politique et leurs stratégies commerciales afin de pouvoir accéder au marché roumain* »¹⁶³⁹. La disposition n'avait donc pas pour effet de réduire « *véritablement la capacité des entreprises concernées de livrer d'emblée une concurrence efficace aux entreprises traditionnellement implantées en Roumanie* »¹⁶⁴⁰.

406. Il s'en déduit que seules les réglementations affectant substantiellement les conditions de concurrence entre les entreprises nationales et les entreprises établies dans d'autres Etats sont susceptibles de faire l'objet d'une telle analyse et d'être qualifiée de restriction, nonobstant leur caractère indistinctement applicable et l'absence de barrière formelle à l'entrée. Plus précisément la Cour utilise un critère qualitatif – le caractère « efficace » du moyen de concurrence réglementé – pour en tirer une conclusion « quantitative » : l'accès au marché est substantiellement affecté¹⁶⁴¹.

407. Il demeure néanmoins une question : quels critères permettent de distinguer les instruments de concurrence « efficaces » – pour reprendre les termes de la Cour – pour accéder à un marché et ceux qui ne le sont pas ? La Cour n'a, pour l'instant, jamais répondu à cette question et seulement procédé à une appréciation au cas par cas, rendant ainsi le résultat du contrôle relativement imprévisible. Ainsi, la rémunération des comptes de dépôt à vue est un instrument efficace pour pénétrer le marché bancaire d'un Etat¹⁶⁴² ; l'application, par les avocats, de tarifs plus élevés que ceux fixés par la législation italienne ne constitue pas, en revanche, un tel instrument¹⁶⁴³.

408. Une approche en termes de concurrence reflète, à l'évidence, la volonté de procéder à une analyse plus économique des réglementations, de sorte à identifier celles qui sont susceptibles d'avoir un véritable impact sur les libertés de circulation. La Cour semble,

¹⁶³⁸ CJUE, *SC Volksbank România*, aff. C-602/10, préc.

¹⁶³⁹ Pt 79 de l'arrêt.

¹⁶⁴⁰ Pt 80 de l'arrêt.

¹⁶⁴¹ V. par ex. CJUE, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, préc., pt 54 : « *l'interdiction des ventes de lentilles de contact par correspondance prive les opérateurs provenant d'autres États membres d'une modalité particulièrement efficace de commercialisation de ces produits et gêne ainsi considérablement l'accès de ces derniers au marché de l'État membre concerné* ».

¹⁶⁴² CJCE, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, préc.

¹⁶⁴³ CJUE, *Commission c/ Italie*, aff. C-565/08, préc.

toutefois, hésiter à s'engager totalement dans cette voie. Il en résulte le maintien d'une certaine ambivalence.

§2. Une analyse économique et juridique inachevée

409. La Cour de justice n'a jamais indiqué que toute mesure affectant la liberté économique des opérateurs constituait une entrave aux libertés de circulation. Tout d'abord, elle a recherché, dans certains cas, si la réglementation litigieuse portait sur un instrument de concurrence « efficace »¹⁶⁴⁴. Ensuite, elle a souvent fondé son raisonnement sur l'effet discriminatoire de certaines mesures indistinctement applicables. Enfin, elle a exclu l'applicabilité des dispositions du traité aux situations purement internes. De la sorte, un ressortissant communautaire ne peut, en principe, contester une législation affectant seulement sa liberté économique.

Toutefois, en raison des ambiguïtés de la Cour concernant l'effet discriminatoire (A), la notion d'accès au marché (B) et les situations purement internes (C), les opérateurs ont pu employer les dispositions du traité à des fins autres que la libre circulation dans l'Union.

A. Un effet discriminatoire présumé

410. A la lecture de la jurisprudence de la Cour de justice, il apparaît que « [l]a grille d'analyse est sous-tendue par l'idée d'une discrimination sous-jacente, indirecte et même involontaire »¹⁶⁴⁵. On peut, en effet, remarquer, dans la jurisprudence de la Cour de justice, une préoccupation liée à la position défavorable dont souffrirait intrinsèquement l'opérateur économique étranger lorsqu'il tente de pénétrer le marché national puisqu'il doit développer des stratégies pour gagner une clientèle. Aussi, la Cour semble mue par le souci d'assurer l'égalité des chances sur le marché¹⁶⁴⁶, en sanctionnant les réglementations qui favoriseraient économiquement les entreprises déjà présentes sur le marché, autrement dit qui tendraient à

¹⁶⁴⁴ V. §1 de la présente section, *supra*.

¹⁶⁴⁵ C. PRIETO, « Entrave et accès au marché », *op. cit.*, p. 83. V. également J. SNELL, "The notion of market access...", *préc.*, p. 449.

¹⁶⁴⁶ V. not. L. IDOT, « Entrave et restriction de concurrence », *op. cit.*, p. 177 : « [le droit de la libre circulation] vise à une sorte d'égalité dans la concurrence ».

maintenir le *statu quo*¹⁶⁴⁷.

411. Les réglementations relatives à l'interdiction de la publicité et sanctionnées dans les arrêts *De Agostini*¹⁶⁴⁸, *Gourmet*¹⁶⁴⁹ et *Douwe Egberts NV*¹⁶⁵⁰ peuvent être appréhendées sous cet angle. La promotion des marchandises est essentielle pour assurer leur succès commercial. Dès lors, la suppression de la publicité semble moins pénalisante pour les marchandises déjà connues des consommateurs que pour les nouveaux produits¹⁶⁵¹.

De même, la Cour de justice présume qu'une interdiction de vente sur internet affecte davantage les marchandises importées, une telle modalité de vente constituant un moyen « *particulièrement efficace de commercialisation* » pour les opérateurs provenant d'autres Etats membres¹⁶⁵².

Un raisonnement similaire apparaît dans l'arrêt *CaixaBank*¹⁶⁵³ : l'obtention de parts de marché nécessite pour les nouveaux établissements bancaires de proposer des services inédits et concurrentiels aux clients potentiels. Ce faisant, l'interdiction de proposer un service susceptible d'intéresser substantiellement les consommateurs réduit la possibilité pour les nouveaux établissements de capter une clientèle¹⁶⁵⁴. Partant, une telle circonstance peut largement obérer la décision de s'établir.

Une réglementation imposant dans un secteur un prix fixe de vente emporte une conséquence analogue, en privant de nouvelles entreprises d'un outil concurrentiel efficace. Là aussi, en déclarant une telle mesure contraire aux dispositions du traité¹⁶⁵⁵, la Cour tend à établir

¹⁶⁴⁷ V. à cet égard G. DAVIES, *Nationality Discrimination*, *op. cit.*, pp. 69-70 et les conclusions de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt CJCE, *Alfa Vita Vassilopoulos*, aff. jtes C-158 et 159/04, préc., pt 45 : « *une mesure entrave l'accès au marché national lorsqu'elle protège les positions acquises par certains opérateurs économiques sur un marché national [...]* ». Cette analyse apparaît également très clairement dans l'arrêt CJUE, 11 mars 2010, *Attanasio Group Srl*, aff. C-384/08, *Rec.* p. I-2055.

¹⁶⁴⁸ CJCE, *De Agostini and TV-shop*, aff. jtes C-34 à 36/95, préc.

¹⁶⁴⁹ CJCE, *Gourmet International Products*, aff. C-405/98, préc.

¹⁶⁵⁰ CJCE, *Douwe Egberts*, aff. C-239/02, préc.

¹⁶⁵¹ V. en ce sens les conclusions de l'avocat général JACOBS sous l'arrêt CJCE, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, préc., pt 20.

¹⁶⁵² CJCE, *0800 DocMorris*, aff. C-322/01, préc. ; CJUE, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, préc.

¹⁶⁵³ CJCE, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, préc.

¹⁶⁵⁴ Comme le soulignent A. ILIOPOULOU et A. JAUREGUIBERRY, « *la rémunération des comptes courants était un produit d'appel comblant [le] déficit de notoriété [des banques étrangères]* » (A. ILIOPOULOU et A. JAUREGUIBERRY, « La première condamnation d'une discrimination à rebours par le Conseil d'Etat. A propos de l'arrêt du 6 octobre 2008 *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques e.a.* », *RFDA*, n° 1, 2009, p. 132).

¹⁶⁵⁵ CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc.

l'égalité des chances sur le marché en compensant le désavantage initial dont souffrent les nouvelles entreprises.

412. Le raisonnement de la Cour est, toutefois, ambigu en la matière puisqu'elle assimile le produit importé au produit entrant sur le marché, par opposition au produit fabriqué sur le territoire national, qui serait déjà présent sur le marché. L'assimilation est la même dans le domaine des services : pour la Cour, l'entreprise étrangère entre sur le marché, tandis que l'entreprise nationale occupe déjà le marché. Elle semble donc présumer l'absence d'intégration des marchés. Or, sur le marché en cause, peuvent déjà se trouver des entreprises ou des marchandises étrangères. De même qu'à tout moment une entreprise nationale peut décider de pénétrer un nouveau marché des produits ou de services. Si, dans de nombreuses hypothèses, il est probable que le groupe des entreprises déjà établies soit avant tout composé d'entreprises nationales et le groupe des entreprises souhaitant s'établir davantage composé d'entreprises étrangères, la Cour semble supposer que tel est toujours le cas et ne mène ni ne requiert une étude de marché à cet égard. L'effet discriminatoire à l'égard des entreprises ou des marchandises étrangères n'est donc jamais réellement démontré¹⁶⁵⁶.

L'analyse de l'avocat général JACOBS dans ses conclusions sous l'arrêt *Leclerc-Siplec*¹⁶⁵⁷ illustre bien l'amalgame de la Cour de justice. Celui-ci relève que « *la publicité donne à l'économie plus de fluidité et de mobilité et accroît la concurrence. L'interdire tend à cristalliser les habitudes de consommation existantes, à scléroser les marchés et à maintenir le statu quo* »¹⁶⁵⁸. Cette observation n'est pas contestable, mais, en quoi concerne-t-elle le droit à la libre circulation entre les Etats ? L'avocat général répond à cette question en affirmant qu'« *il est probable que les marques connues appartiennent de manière prédominante à des producteurs nationaux* »¹⁶⁵⁹. Il en déduit que des mesures interdisant ou restreignant sévèrement la publicité « *tendent inévitablement à protéger les fabricants nationaux et à défavoriser ceux installés dans d'autres Etats membres* »¹⁶⁶⁰. Ceci est sans doute vrai pour un grand nombre de secteurs économiques. Mais peut-on être aussi affirmatif pour tous les secteurs de l'économie ? Une telle considération ne mériterait-elle pas une

¹⁶⁵⁶ V. à ce propos, D. WILSHER, "Does Keck discrimination make any sense?...", préc., pp. 17 et s.

¹⁶⁵⁷ CJCE, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, préc.

¹⁶⁵⁸ Pt 20 des conclusions.

¹⁶⁵⁹ Pt 21 des conclusions.

¹⁶⁶⁰ *Id.*

démonstration *in concreto* ? Au point 30 de ses conclusions, l'avocat général relève que l'interdiction de la publicité « *aurait pour effet de rendre pratiquement impossible pour des fabricants d'autres Etats membres la pénétration du marché soumis à cette interdiction, si leurs produits n'étaient pas déjà connus des consommateurs dans ce pays* ». C'est donc bien que cette impossibilité de pénétrer le marché n'est pas inconditionnelle : encore faut-il que le produit ne soit pas déjà connu des consommateurs. Pourtant, aucune investigation n'est jamais entreprise à cet égard.

413. En réalité, la Cour établit l'effet discriminatoire en comparant les nouveaux produits importés et les produits nationaux déjà présents sur le marché. La rigueur n'impliquerait-elle pas de comparer les nouveaux produits importés avec les nouveaux produits nationaux ou, inversement, les produits importés bénéficiant déjà de consommateurs dans le pays d'importation avec les produits nationaux se trouvant dans la même situation ? Il nous semble que le choix de la Cour de comparer les nouveaux produits importés avec les produits nationaux déjà connus des consommateurs ne peut qu'invariablement conduire à la conclusion d'un effet discriminatoire.

414. Ainsi, c'est un raccourci, selon nous, d'affirmer qu'une interdiction absolue de publicité gêne davantage l'accès au marché des produits importés. Une telle interdiction gêne davantage l'accès au marché de tous les nouveaux produits et favorise les produits, nationaux ou importés, déjà connus des consommateurs. Dans certains cas seulement, s'il est démontré que le marché des produits en question est essentiellement occupé par des marques nationales, cette interdiction favorisera effectivement des produits nationaux. Il faudrait donc, au préalable, vérifier le degré d'intégration des marchés en cause.

415. Une approche fondée sur l'effet discriminant des législations étatiques devrait imposer, en principe, des analyses économiques étendues. Toute réglementation ne favorise pas nécessairement le *statu quo* sur le marché. A cet égard, il conviendrait d'identifier les instruments et stratégies nécessaires à l'acquisition de parts de marché, instruments qui peuvent évidemment varier selon le marché en cause¹⁶⁶¹. Un tel contrôle s'apparenterait à celui exercé dans le domaine du droit de la concurrence. Il n'est pas certain, cependant, que

¹⁶⁶¹ V. en ce sens, C. BARNARD, « Restricting Restrictions... », préc., p. 597 : « *il y a une absence frappante d'analyse dans les affaires relatives aux libertés de circulation de ce qu'est le marché en question, de l'étendue du cloisonnement de ce marché et de l'existence d'alternatives pour accéder au marché* ». On relèvera cependant que, si la Cour ne procède pas elle-même à de telles analyses, celles-ci peuvent lui être fournies par les parties (v. par ex. l'analyse de la Commission européenne développée dans les conclusions de l'avocat général MAZÁK sous l'arrêt CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-518/06, préc.).

l'on puisse importer dans le domaine de la libre circulation les raisonnements développés en droit de la concurrence¹⁶⁶².

B. Une notion d'« accès au marché » imprécise

416. Dans la continuité des ambivalences de la Cour concernant l'effet discriminatoire, il apparaît que les termes d'« accès au marché » sont elliptiques et entretiennent une confusion quant à l'objet des dispositions du traité.

417. L'objectif de création d'un marché intérieur suppose, en effet, l'abolition des frontières économiques nationales. Dès lors, l'accès au marché s'entend, *a priori*, comme l'accès au marché national, c'est-à-dire au marché entendu dans sa dimension géographique¹⁶⁶³. Toutefois, dans certaines espèces, les juges semblent davantage préoccupés par l'accès à un marché au sens matériel du terme : l'accès au marché des services financiers aux particuliers dans l'arrêt *CaixaBank*¹⁶⁶⁴ ou encore l'accès au marché des services de sécurité privée dans l'arrêt *Commission c/ Italie* du 13 décembre 2007¹⁶⁶⁵. En matière de publicité, comme nous venons de le voir, les entreprises ne sont pas gênées pour accéder au marché national, en tant que tel, mais pour accéder à un marché des produits, la gêne concernant autant les entreprises nationales que les entreprises étrangères¹⁶⁶⁶. Partant, le raisonnement semble moins s'opérer en termes de découloignement des territoires politiques – ce qu'impliquent les règles en matière de libre circulation – qu'en termes d'ouverture des espaces économiques ou des marchés en cause.

418. Si l'on peut comprendre le souci d'éviter une « cristallisation » du marché¹⁶⁶⁷, en revanche, il n'est pas certain que les dispositions du traité relatives aux libertés de circulation puissent servir à atteindre un tel objectif. Ces dispositions n'ont en effet pas pour but de

¹⁶⁶² V. à ce propos L. GORMLEY, "Competition and Free Movement...", préc., p. 520 ; G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, *op. cit.*, pp. 96-98 ; L. IDOT, « Entrave et restriction de concurrence », *op. cit.* V. également les conclusions de l'avocat général COSMAS sous l'arrêt CJCE, 11 avril 2000, *Deliège*, aff. jtes C-51 et 191/97, *Rec. p. I-2549*, pts 99-102.

¹⁶⁶³ V. L. IDOT, « Entrave et restriction de concurrence », *op. cit.*, p. 179 : « *En droit de la libre circulation [...] [l]a dimension géographique du marché est privilégiée ; la délimitation matérielle – les produits ou services en cause – est, en revanche secondaire* ».

¹⁶⁶⁴ CJCE, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, préc.

¹⁶⁶⁵ CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc.

¹⁶⁶⁶ V. A. du présent §, *supra*.

¹⁶⁶⁷ V. not. CJCE, *Commission c/ Allemagne*, aff. 178/84, préc., pt 32.

permettre un développement des marchés – objectif qui semble davantage relever du droit de la concurrence¹⁶⁶⁸ – mais d’assurer un décloisonnement géographique des marchés nationaux.

C. Une exclusion ambiguë des situations purement internes

419. Si l’objectif des dispositions du traité était de permettre à de nouvelles entreprises de pénétrer un marché, aucune distinction ne devrait être faite entre les entreprises étrangères et nationales. On comprendrait mal, dans cette perspective, ce qui justifierait le maintien de l’exclusion des situations purement internes du champ du contrôle. En ce sens, N. BERNARD a relevé que *« si le pouvoir constituant communautaire avait désiré ériger la liberté du commerce et de l’emploi en valeur fondamentale en tant que telle comme un rempart protégeant l’autonomie des individus contre la « servitude » de l’intervention étatique, on comprendrait mal pourquoi son application aurait été circonscrite aux situations transnationales tombant dans le champ d’application des dispositions relatives à la libre circulation »*¹⁶⁶⁹.

420. On relèvera, cependant, que l’hypothèse de la situation purement interne, qui exclut l’application des règles communautaires, est devenue très théorique.

D’une part, la Cour accepte, la plupart du temps, de répondre aux questions préjudicielles, même lorsque le litige ayant suscité la question est purement interne¹⁶⁷⁰. Selon une formule constante, elle observe *« qu’une réponse peut [...] être utile à la juridiction de renvoi, notamment dans l’hypothèse où son droit national imposerait, dans une procédure telle que celle de l’espèce, de faire bénéficier un ressortissant [national] des mêmes droits que ceux qu’un ressortissant d’un autre État membre tirerait du droit communautaire dans la même*

¹⁶⁶⁸ Dans son rapport de 1996 sur la politique de concurrence, la Commission indique que la politique de concurrence *« vise à conférer ou à conserver aux marchés la souplesse indispensable pour libérer les capacités d’initiative et d’innovation et permettre une allocation efficace et dynamique des ressources de la société »* (XXVI^{ème} rapport, p. 17).

¹⁶⁶⁹ N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services... », préc., p. 26. V. également G. DAVIES, “Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law”, *German Law Journal*, vol. 11, n° 8, 2010, p. 671, spéc. p. 701.

¹⁶⁷⁰ La pratique n’est cependant pas constante. Comme le relève l’avocat général JÄÄSKINEN *« dans les affaires préjudicielles dont la portée est purement interne, la Cour a eu recours à des orientations variées »*. Il recense, pour sa part, quatre orientations différentes (v. pts 29-33 de ses conclusions sous l’arrêt CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Sbarigia*, aff. C-393/08, *Rec.* p. I-6333).

situation »¹⁶⁷¹. Elle a ainsi accepté d'examiner la législation portugaise relative au commerce et à l'exploitation d'appareils à jeu contestée par des sociétés portugaises¹⁶⁷², une réglementation régionale italienne prévoyant des distances minimales obligatoires entre les installations routières de distribution de carburant contestée par une entreprise italienne¹⁶⁷³ ou encore un décret espagnol relatif à la répartition territoriale des pharmacies, contesté par des pharmaciens espagnols¹⁶⁷⁴. Dans les cas où la Cour conclut à une contrariété de la mesure litigieuse avec le traité, si le juge national accepte d'appliquer la solution de la Cour au litige dont il est saisi, l'effet concret de l'arrêt est de supprimer une contrainte réglementaire pour des entreprises n'ayant aucunement fait usage de leur liberté de circulation. La combinaison de la jurisprudence de la Cour de justice et de l'interdiction des discriminations à rebours par certaines juridictions nationales conduit donc à une potentielle dérégulation de l'économie, sans rapport, autre que potentiel, avec les libertés de circulation¹⁶⁷⁵.

D'autre part, le droit dérivé ignore parfois cette distinction entre situations transnationales et situations purement internes¹⁶⁷⁶. Il n'est ainsi pas exclu que la directive services¹⁶⁷⁷, qui reproduit, en les précisant, les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services et

¹⁶⁷¹ CJCE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Commercialisti*, aff. C-451/03, *Rec.* p. I-2941, pt 29. V. également CJCE, 11 septembre 2003, *Anomar*, aff. C-6/01, *Rec.* p. I-8647, pt 41 ; CJUE, *Attanasio Group Srl*, aff. C-384/08, préc. ; CJUE, 1er juin 2010, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, aff. jtes C-570 et 571/07, *Rec.* p. I-4629, pt 39. S'il apparaît que le droit national n'impose pas de faire bénéficier les ressortissants nationaux des mêmes droits que les ressortissants des autres Etats membres, la Cour refuse de répondre aux questions préjudicielles qui lui sont posées (v. CJUE, 22 décembre 2010, *Omalet*, aff. C-245/09, *Rec.* p. I-13771).

¹⁶⁷² CJCE, *Anomar*, aff. C-6/01, préc.

¹⁶⁷³ CJUE, *Attanasio Group Srl*, aff. C-384/08, préc.

¹⁶⁷⁴ CJUE, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, aff. jtes C-570 et 571/07, préc.

¹⁶⁷⁵ Il nous semble qu'en acceptant de répondre aux questions préjudicielles sans rappeler clairement l'inapplicabilité du droit communautaire aux situations purement internes, la Cour de justice entretient la confusion entre libertés de circulation et liberté économique. Cette confusion se reflète dans les questions posées par les juridictions nationales. Par exemple, dans l'affaire *Sbarigia*, le juge italien a interrogé, dans le cadre d'un litige purement interne, la Cour de justice sur une loi régionale relative aux horaires d'ouverture des pharmacies. A l'appui de sa question, il indique que les horaires « échappent à la libre détermination et aux exigences d'organisation de chaque pharmacien » et, selon lui, les dispositions litigieuses sont excessives et injustifiées. Il s'agit donc, ici de mesurer si l'atteinte à la liberté des pharmaciens est proportionnée aux exigences d'ordre public. La Cour de justice a exclu, en l'espèce, une violation des dispositions du traité mais la question posée montre que, pour le juge national, la fonction des dispositions du traité est ambiguë (CJUE, *Sbarigia*, aff. C-393/08, préc.).

¹⁶⁷⁶ Tel n'est pas toujours le cas cependant. Ainsi, la directive 89/48/CEE relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JO L 19, p. 16) vise à permettre aux ressortissants des Etats membres d'exercer une profession dans un autre Etat membre que celui où ils ont acquis leurs qualifications professionnelles. Elle ne peut donc être appliquée à des situations purement internes (CJCE, 2 juillet 1998, *Kapasakalis*, aff. C-225/95, *Rec.* p. I-4239).

¹⁶⁷⁷ Directive 2006/123, préc.

à la liberté d'établissement, soit invocable tant par les prestataires étrangers que par les prestataires nationaux. Ainsi, dans l'affaire *Duomo Gpa*¹⁶⁷⁸, l'avocat général CRUZ VILLALÓN a considéré que des entreprises italiennes pouvaient, sur le fondement des articles 15 et 16 de la directive, contester la législation italienne imposant un capital social minimal pour réaliser des activités de liquidation, établissement et recouvrement des redevances et autres recettes des provinces et des communes. Si cette hypothèse était confirmée, il serait désormais possible pour un opérateur de contester la législation de son propre Etat alors même qu'il n'aurait aucunement fait usage de son droit à la libre prestation de services ou à la liberté d'établissement, et ce, sans recourir à l'interdiction des discriminations à rebours¹⁶⁷⁹. Dès lors, la restriction alléguée ne serait pas une restriction à la libre circulation mais une restriction à la liberté économique.

Conclusion du titre

421. Une fois dépassé le principe de non-discrimination, la notion d'entrave devient, aux Etats-Unis comme dans l'Union européenne, nébuleuse. Les raisons apparaissent, néanmoins, opposées. Tout en prétendant contrôler les mesures indistinctement applicables, la Cour Suprême n'a pas, sauf à de rares occasions, employé d'autres critères de qualification de l'entrave que celui de la discrimination. Dans l'Union européenne, le dépassement du principe de non discrimination est net. Se pose, en revanche, la question des frontières de la notion d'entrave.

422. Les ambiguïtés de la Cour de justice concernant les divers critères employés pour qualifier d'entraves les mesures indistinctement applicables ne conditionnant pas l'accès au

¹⁶⁷⁸ *Duomo Gpa*, aff. C-357/10.

¹⁶⁷⁹ La Cour ne s'est pas prononcée sur ce point, jugeant la directive services inapplicable, en raison de l'antériorité des dispositions italiennes contestées. Elle a, en revanche, jugé la réglementation contraire aux articles 49 et 56 TFUE, estimant, conformément à la jurisprudence que nous avons citée, que la mesure pouvait potentiellement gêner des opérateurs établis dans d'autres Etats de l'UE et que la réponse à la question pouvait être utile au juge national si son droit national lui imposait de faire bénéficier les opérateurs nationaux des mêmes droits que ceux qu'un opérateur d'un autre Etat membre tirerait du droit de l'UE (CJUE, *Duomo Gpa Srl*, aff. jtes C-357 à 359/10, préc., pt 28).

marché ouvrent une brèche, incitant les opérateurs économiques à employer les dispositions du traité pour échapper aux réglementations encadrant leurs activités économiques. Il en résulte que « [l]es libertés de circulation s'en trouvent dénaturées : tandis que ces règles ont en principe pour objet de faciliter le décloisonnement des marchés nationaux, les ressortissants communautaires en tirent un droit à la liberté économique ou commerciale. Les Etats risquent alors de perdre tout pouvoir de réglementation économique »¹⁶⁸⁰.

423. Si l'on peut accueillir favorablement la volonté de la Cour d'introduire davantage de pragmatisme économique dans son analyse, certains éclaircissements seraient sans doute opportuns, afin de ne pas transformer les dispositions du TFUE en *due process clause*¹⁶⁸¹ et connaître ainsi les errements de la jurisprudence *Lochner*, tant reprochés à la Cour Suprême des Etats-Unis¹⁶⁸².

¹⁶⁸⁰ L. AZOULAI, « La formule de l'entrave », *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁸¹ L'expression "*due process clause*", est expressément employée par le professeur POIARES MADURO pour désigner la lecture de l'article 30 TFUE en termes de « liberté économique » (M. POIARES MADURO, « Reforming the Market or the State?...", préc., pp. 61 et s.).

¹⁶⁸² En ce sens, v. I. ELIASOPH, "A "Switch in Time" for the European Community?...", préc., p. 467. V. à propos de la jurisprudence américaine, la section 1, §2 du présent chapitre, *supra*.

Conclusion de la première partie

424. L'examen de la jurisprudence américaine et communautaire montre la difficulté à cerner précisément la notion d'entrave, d'autant que celle-ci est susceptible de varier selon la liberté de circulation en jeu et le domaine réglementaire concerné. Pour reprendre les termes du professeur POIARES MADURO, « [l]a *jurisprudence de la Cour de justice, comme celle de la Cour Suprême, reflète les difficultés de trouver un critère clair et incontesté ainsi que le besoin de raffiner constamment l'approche à la lumière des défis que les cas d'espèce et les réalités économiques que les cas reflètent soulèvent devant la Cour* »¹⁶⁸³.

425. La définition de la notion d'entrave dépend, en particulier, des objectifs poursuivis dans le cadre de l'intégration des marchés¹⁶⁸⁴. Il importe donc de remonter à ces objectifs pour identifier les critères juridiques de l'entrave.

426. Ainsi, le critère juridique permettant d'atteindre l'objectif d'interdiction du protectionnisme est la discrimination. Cet objectif est commun au système américain et au système communautaire et implique une appréhension relativement analogue de l'entrave.

427. Les autres objectifs sont moins bien identifiés, ce qui affecte l'identification des critères de qualification de l'entrave.

428. La Cour Suprême reconnaît, officiellement, qu'une mesure non discriminatoire peut être contraire à la Constitution américaine. Toutefois, elle n'a que très partiellement défini les objectifs poursuivis dans ce cadre, de telle sorte qu'il est très difficile d'identifier des critères de qualification de l'entrave non discriminatoire. Il nous semble que la jurisprudence *Pike*¹⁶⁸⁵, qui établit le test applicable aux mesures indistinctement applicables, est surtout révélatrice de la volonté de la Cour Suprême de ne pas fermer la porte à un contrôle des mesures non discriminatoires. Toutefois, en se focalisant sur l'objectif de lutte contre le protectionnisme, le

¹⁶⁸³ M. POIARES MADURO, « La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour Suprême des Etats-Unis face à l'entrave », *op. cit.*, p. 263.

¹⁶⁸⁴ V., à ce propos, l'introduction de cette partie, *supra*.

¹⁶⁸⁵ *Pike*, 397 U.S. 137, préc. V. titre 2, chapitre 1, section 2 de la présente partie, *supra*.

critère de la discrimination demeure un critère central et difficilement dépassable de l'analyse.

429. La jurisprudence communautaire est également très laconique concernant les objectifs poursuivis. Toutefois, il apparaît clairement que les juges communautaires ont, contrairement aux juges américains, toujours considéré que l'interdiction du protectionnisme économique était insuffisante pour établir le marché intérieur. En s'abstenant, cependant, de définir clairement les finalités recherchées, la Cour de justice s'est montrée hésitante dans la définition des critères de qualification de l'entrave. L'objectif de décloisonnement des marchés a impliqué d'identifier, pour les interdire, les réglementations étatiques ayant pour effet de fragmenter le marché. Le principe de reconnaissance mutuelle résulte de cet objectif. Le critère de l'accès au marché émane également, en partie, de cette logique. Toutefois, la conception très large de ce dernier critère dans la jurisprudence emporte qu'il ne peut être réduit à l'objectif de décloisonnement des marchés et peut, dans une certaine mesure, être rattaché à un objectif de protection de la liberté économique.

430. Les critères communautaires soulèvent, à notre sens, deux problèmes.

Un problème juridique, d'une part : le rôle d'un critère est d'être sélectif, c'est-à-dire de permettre de distinguer les situations entrant dans son champ, des situations se trouvant hors de son champ. Or, les critères actuels n'assurent pas ce rôle, de telle sorte que toute mesure est, *a priori*, susceptible d'être qualifiée d'entrave. Pour le professeur ILIOPOULOU, « *la Cour affirme plus qu'elle ne démontre l'existence d'une entrave* » et nous partageons son opinion lorsqu'elle constate que « *seule une motivation explicite répond aux exigences d'intelligibilité et de rationalité de la jurisprudence, qualités indispensables pour que celle-ci puisse convaincre ses destinataires, Etats et citoyens* »¹⁶⁸⁶.

Un problème politique, d'autre part : en rendant possible la contestation de toute mesure affectant, au-delà de la libre circulation, le libre exercice de l'activité économique, le juge communautaire ne change-t-il pas de paradigme économique, en passant du « laissez-passer » au « laissez-faire » ?¹⁶⁸⁷ Il est possible, à l'instar d'une partie de la doctrine, de se poser la question. Certes, il convient d'admettre que « *la libre circulation s'inscrit [...] dans une*

¹⁶⁸⁶ A. ILIOPOULOU, « Entrave et citoyenneté de l'Union », *op. cit.*, p. 201.

¹⁶⁸⁷ L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », *op. cit.*, p. 288 ; F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, *op. cit.*, p. 615 ; E. DUBOUT, « Entrave et discrimination », *op. cit.*, pp. 154-155.

perspective libérale »¹⁶⁸⁸. Toutefois, comme le souligne N. BERNARD, « *cela n'implique pas nécessairement un parti-pris en faveur d'une liberté commerciale maximale et de la déréglementation des marchés [...]* »¹⁶⁸⁹. Autrement dit, « *l'interpénétration économique ne saurait être confondue avec la déréglementation* »¹⁶⁹⁰. Or, certains arrêts laissent parfois craindre l'instauration d'« *un marché sans règles, voire un marché où les règles sont, en principe, interdites [...]* »¹⁶⁹¹.

431. Certes, la Cour de justice, comme la Cour Suprême, peut, au second stade de son analyse, admettre largement des exceptions de manière à laisser intactes les réglementations nationales. La qualification d'entrave d'un très grand nombre de mesures étatiques ne préjuge donc pas de l'orientation politique de la jurisprudence.

Aussi, faut-il examiner la manière dont les juridictions arbitrent le conflit entre les libertés de circulation et les intérêts légitimes des Etats pour apprécier la portée de l'intégration négative.

¹⁶⁸⁸ N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services... », préc., p. 26. V. également E. GAILLARD, D. CARREAU et W. L. LEE, *Le marché unique européen*, Pedone, coll. Etudes internationales, 1989, p. 15. Une lecture néo-libérale du traité implique un tel parti-pris. Toutefois, une telle lecture ne semble pas trouver d'écho dans la genèse du traité de Rome (V. à ce propos, M. POIARES MADURO, "Reforming the Market or the State?...", préc., pp. 61-65).

¹⁶⁸⁹ *Id.*

¹⁶⁹⁰ C. PRIETO, « Entrave et accès au marché », *op. cit.*, p. 91.

¹⁶⁹¹ Pt 63 des conclusions de l'avocat général TIZZANO sous l'arrêt CJCE, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, préc.

SECONDE PARTIE

L'ARBITRAGE DU CONFLIT ENTRE L'INTERDICTION DES ENTRAVES ET LES INTERETS LEGITIMES DES ETATS

432. « Si nous voulons que le droit communautaire ne soit pas seulement une réglementation mécanique de l'économie, mais constitue un ordre juridique à la mesure de la société qu'il doit régir, si nous voulons qu'il existe un droit conforme à l'idée de justice sociale et aux exigences de l'intégration européenne au niveau non seulement de l'économie mais aussi des peuples, nous ne pouvons pas décevoir [les espérances placées en nous] »¹⁶⁹². Ces mots de l'avocat général TRABUCCHI, employés dans un arrêt relatif aux droits à prestations sociales des travailleurs communautaires, reflètent parfaitement l'idée que le droit communautaire, s'il est avant tout un droit du marché, constitue également un droit de « conciliation »¹⁶⁹³. Conciliation à triple égards : conciliation entre l'intérêt communautaire à la libre circulation et l'intérêt étatique à la protection de l'ordre social d'abord ; conciliation entre les impératifs économiques – l'intégration des marchés étant conçue comme un facteur de progrès économique¹⁶⁹⁴ – et les impératifs non économiques ensuite ; conciliation entre l'unification et la diversité des droits enfin.

433. Le même esprit anime le droit américain. Dans son arrêt *Maine v. Taylor* de 1986, la Cour Suprême affirmait ainsi que « [l]a clause de commerce limite significativement la capacité des Etats et des localités de réglementer ou d'entraver autrement le flux du commerce interétatique, mais il n'élève pas la liberté du commerce au dessus des autres valeurs »¹⁶⁹⁵.

434. En conséquence, la qualification d'entrave d'une réglementation étatique n'emporte pas nécessairement sa condamnation au regard des textes fondamentaux, son interdiction ne revêtant pas un caractère absolu. Aussi, le conflit surgissant entre les atteintes aux libertés de circulation et les intérêts étatiques nécessite « d'établir un cadre d'interprétation capable de s'élever au niveau général des besoins contradictoires des sociétés [...] »¹⁶⁹⁶. Ce cadre prend la forme d'un contrôle de proportionnalité, dit *balancing test* aux Etats-Unis, consistant à mettre en balance l'exigence supra-étatique d'intégration et les exigences non économiques

¹⁶⁹² Pt 6 des conclusions de l'avocat général TRABUCCHI sous l'arrêt CJCE, 17 juin 1975, *Epoux F. c/ Etat Belge*, aff. 7/75, *Rec.* p. 679.

¹⁶⁹³ L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes... », préc., p. 39.

¹⁶⁹⁴ V. not., en ce sens, le rapport Spaak, préc., p. 13.

¹⁶⁹⁵ *Taylor*, 477 U.S., préc., p. 151.

¹⁶⁹⁶ L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes... », préc., p. 40.

des ordres étatiques.

435. Cet arbitrage entre des intérêts potentiellement conflictuels est, dans le cadre de l'intégration négative, en principe réalisé par les Etats. En effet, il leur revient, en vertu d'une « logique de proximité » qui les rend plus à même d'apprécier les nécessités de l'intérêt général¹⁶⁹⁷, de décider, à l'aune des limites imposées par les actes fondateurs respectifs de chaque Union, du niveau de protection des intérêts relevant de leurs compétences¹⁶⁹⁸.

436. L'exercice de cette compétence est néanmoins soumis au contrôle des juridictions.

Le cadre d'analyse déployé par les juges américain et communautaire est à cet égard double. En présence de normes supra-étatiques adoptées par les législateurs « centraux » dans le domaine réglementé par l'Etat, les juges apprécient les mesures litigieuses, non pas au regard des exigences « constitutionnelles » en matière de libertés de circulation, mais à l'aune de ces normes supra-étatiques. En conséquence, ils vérifient au préalable que le conflit entre libertés fondamentales et intérêts généraux n'a pas déjà été arbitré par le législateur supra-étatique. En effet, l'appréciation du conflit par le législateur fédéral ou communautaire l'emporte, en vertu du principe de primauté, sur toute appréciation du même conflit par les législateurs étatiques (titre 1).

En l'absence de normes supra-étatiques s'intercalant entre la norme « constitutionnelle » et la législation étatique dans le domaine litigieux, les juridictions vérifient que les autorités étatiques ont pris en compte les libertés fondamentales et opéré une balance adéquate entre les intérêts en jeu. A cet égard, tant la Cour Suprême que la Cour de justice ont tenu à asseoir leur rôle d'arbitre ultime en cas de litige. Les juges de Washington ont ainsi fait valoir que « *lorsque le Congrès n'est pas intervenu, la Cour, et non le législateur étatique, est [...] l'arbitre final des exigences concurrentes des intérêts étatiques et nationaux* »¹⁶⁹⁹. La Cour de justice considère, pour sa part, que « *l'absence d'harmonisation ne peut constituer une justification du maintien de réglementations nationales ayant des effets restrictifs* »¹⁷⁰⁰. Les Etats membres doivent, en cas de contestation, démontrer au juge que leurs réglementations

¹⁶⁹⁷ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 47, spéc. p. 53.

¹⁶⁹⁸ Dans l'UE, v. par ex. CJCE, 30 novembre 1983, *Van Bennekom*, aff. C-227/82, *Rec.* p. 3883, pt 37 ; CJCE, *Duphar*, aff. 238/82, préc., pts 16-17 ; CJCE, 8 septembre 2010, *Markus Stoß*, aff. jtes C-316, 358 à 360, 409 et 410/07, préc., pt 77. Aux Etats-Unis, v. par ex. *Morris v. Duby*, 274 U.S., préc., p. 145 ; *Brotherhood of Locomotive Firemen*, 393 U.S. 129, préc., p. 138.

¹⁶⁹⁹ *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., préc., p. 769.

¹⁷⁰⁰ CJCE, 13 mars 2008, *Commission c/ Belgique*, aff. C-227/06, *Rec.* p. I-46* (Pub. somm.), pt 58.

sont justifiées et conformes à l'exigence de proportionnalité¹⁷⁰¹. Dans ce cadre, la portée des dérogations admises à l'interdiction des entraves « *ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de l'Union européenne* »¹⁷⁰² et en particulier de la Cour (titre 2).

¹⁷⁰¹ *Id.*

¹⁷⁰² V. par ex. CJCE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Portugal*, aff. C-171/08, *Rec.* p. I-6817, pt 73.

Titre 1 – Le contrôle médiat : l’entrave à

l’aune des législations supra-étatiques

437. En présence de normes adoptées par le législateur fédéral ou communautaire, le juge apprécie la mesure étatique soumise à son contrôle, non plus au regard des exigences constitutionnelles, telles qu’il les interprète, mais au regard de ces normes supra-étatiques. C’est le phénomène de la préemption. Cette intervention du législateur supra-étatique peut conduire le juge à « invalider » des réglementations étatiques qui, en l’absence de cette intervention, auraient pu être jugées conformes aux exigences « constitutionnelles » puisque le principal effet de la préemption est d’empêcher les Etats de recourir aux exceptions aux libertés de circulation traditionnellement reconnues (chapitre 1).

438. A l’inverse, cette intervention peut amener le juge à valider la norme étatique soumise à son contrôle alors qu’une analyse au regard des critères constitutionnels se serait soldée par une déclaration d’ « inconstitutionnalité ». Le législateur supra-étatique peut en effet autoriser ce qui serait autrement interdit par le texte constitutionnel. Toutefois, l’approche du juge américain et du juge communautaire diverge dans ce cadre, le premier se refusant à apprécier, au regard de la *dormant commerce clause*, les choix du Congrès ; le second, exerçant, au contraire, un contrôle des actes adoptés par les institutions de l’Union européenne (chapitre 2).

Chapitre 1 – La préemption des législations

étatiques par les législations supra-étatiques : des jurisprudences contrastées

439. La double étape de qualification d'entrave et d'examen des justifications d'une réglementation étatique n'est effectuée par les juridictions qu'en l'absence de réglementation fédérale ou communautaire traitant de la question litigieuse¹⁷⁰³. En présence d'une telle réglementation, la question devient, en application du principe de primauté¹⁷⁰⁴, une question de conformité du droit étatique au droit fédéral ou communautaire et une question de compétence de l'Etat compte tenu du degré d'intervention de la fédération ou de l'Union européenne. Aussi, avant tout examen au regard des dispositions « constitutionnelles », les juridictions sont invitées à examiner s'il existe dans le domaine concerné une réglementation fédérale ou communautaire et, le cas échéant, à en déterminer la portée¹⁷⁰⁵. Lorsqu'une

¹⁷⁰³ De manière exceptionnelle la Cour Suprême a pu, après avoir constaté la contrariété d'une réglementation étatique avec une législation fédérale, juger, de surcroît, la réglementation étatique incompatible avec la clause de commerce (v. par ex. *MITE Corp.*, 457 U.S. 624, préc.). Dans la jurisprudence communautaire, il semble que la Cour de justice clôt son analyse si elle constate la contrariété d'une mesure étatique avec une réglementation communautaire. Elle n'examine donc pas, au surplus, la mesure litigieuse à l'aune des dispositions du traité.

¹⁷⁰⁴ Aux Etats-Unis, la primauté du droit fédéral figure à l'article 6, clause 2 de la Constitution : « [I]a [...] Constitution, ainsi que les lois des Etats-Unis qui seront faites en conséquence et tous les traités faits sous l'autorité des Etats-Unis constitueront la loi suprême du pays et seront obligatoires pour les juges dans chaque Etat, et cela nonobstant des dispositions contraires insérées dans la Constitution ou dans les lois quelconques des Etats » (sur la supremacy clause, v. not. C. DRAHOZAL, *The Supremacy Clause – A Reference Guide to the United States Constitution*, Greenwood Publishing Group, 2004). Dans l'UE, ce principe a d'abord été consacré par la jurisprudence (CJCE, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, préc.). Il ne figure pas dans les traités, mais les rédacteurs du traité de Lisbonne lui ont toutefois consacré la déclaration n° 17 annexée à l'Acte final de la Conférence Intergouvernementale. V., à propos du principe de primauté, l'introduction de la thèse.

¹⁷⁰⁵ V. par ex. aux Etats-Unis : *Plumley*, 155 U.S. 461, préc. ; dans l'UE : CJCE, *Toolex*, aff. C-473/98, préc. Cet ordre d'examen est systématique dans la jurisprudence communautaire. En revanche, les juges américains ne suivent pas toujours rigoureusement cette démarche (v. par ex. *Commonwealth Edison Co.*, 453 U.S. 609, préc.).

mesure est déclarée inconstitutionnelle ou inapplicable¹⁷⁰⁶ en raison de sa contrariété avec la législation fédérale ou communautaire, on parle de préemption.

440. D'essence fédérale¹⁷⁰⁷, la théorie de la préemption est bien connue aux Etats-Unis où la Cour Suprême a développé tout un corpus de règles pour déterminer si une norme étatique était « préemptée » par une norme fédérale¹⁷⁰⁸. En revanche, sa diffusion a été plus discrète dans l'Union européenne, la Cour de justice ne la mentionnant jamais en tant que telle¹⁷⁰⁹. Il apparaît néanmoins, comme l'a relevé le professeur MICHEL, que « *la jurisprudence [communautaire] s'en inspire fortement, et consacre différentes formes de préemption* »¹⁷¹⁰.

441. Si la Cour Suprême a tenté de systématiser sa jurisprudence en la matière, en formulant des tests et des présomptions, il semble néanmoins difficile d'établir clairement les principes gouvernant la préemption, celle-ci apparaissant à certains égards comme une doctrine *ad hoc* liée aux faits de chaque espèce plutôt qu'une doctrine clairement construite¹⁷¹¹.

442. On peut, toutefois, partir des trois grandes catégories de préemption souvent retenues par les juridictions américaines¹⁷¹² et reprises par la plupart des auteurs¹⁷¹³.

Tout d'abord, une législation fédérale préempte les droits étatiques lorsque le Congrès a clairement exprimé dans le texte son intention de régler de manière exclusive une question donnée (« *explicit preemption* »). Ensuite, même en l'absence de référence expresse au caractère exclusif de la réglementation fédérale dans le texte, la préemption peut être déduite

¹⁷⁰⁶ Sur les conséquences du principe de primauté en droit communautaire, v. R. SCHÜTZE, "Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of community pre-emption", *CML Rev.*, vol. 43, 2006, p. 1023, *spéc.* pp. 1028-1032 ; A. BARAV, « Les effets du droit communautaire directement applicable », *CDE*, 1978, p. 265.

¹⁷⁰⁷ R. SCHÜTZE, "Supremacy without pre-emption?...", *préc.*, pp. 1034 et s.

¹⁷⁰⁸ Le terme préemption est employé depuis l'arrêt *New York Central R. Co. v. Winfield*, 244 U.S. 147 (1917). V. A. ARENA, "The Doctrine of Union Preemption...", *préc.*, p. 20.

¹⁷⁰⁹ R. SCHÜTZE, "Supremacy without pre-emption?...", *préc.*, p. 1032.

¹⁷¹⁰ V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003, *spéc.* p. 381. V. également S. DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, Pearson Education, 2002, *spéc.* p. 169.

¹⁷¹¹ W. COHEN, "Congressional Power to Define State Power to Regulate Commerce: Consent and Pre-emption", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets: Perspective From The United States and Europe*, Clarendon Press. Oxford 1982, vol. I, p. 523, *spéc.* p. 538 et p. 541 ; D. G. OWEN, "Federal Preemption of Products Liability Claims", *S. C. L. Rev.*, vol. 55, 2003, p. 411, *spéc.* p. 412.

¹⁷¹² V. par ex. *Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp.*, 467 U.S. 691, 699 (1984) ; *English v. General Electric Co.*, 496 U.S. 72, 78-79 (1990) ; *Wisconsin Public Intervenor v. Mortier*, 501 U.S. 597, 604-605 (1991).

¹⁷¹³ V. par ex. L. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 1176-1177 ; C. H. SCHROEDER, "Supreme Court Preemption Doctrine", in W.W. BUZBEE (ed.), *Preemption Choice: the Theory, Law and Reality of Federalism's Core Question*, CUP, 2008, p. 119 ; R. C. AUSNESS, "Federal Preemption of State Products Liability Doctrines", *S. C. L. Rev.*, vol. 44, 1993, p. 187, *spéc.* pp. 191 et s.

du caractère exhaustif de la réglementation (« *field preemption* »). Enfin, les réglementations étatiques sont déclarées inconstitutionnelles, en vertu de la doctrine de la préemption, lorsqu'elles entrent en conflit avec le droit fédéral, soit qu'il est impossible pour les sujets d'appliquer simultanément les deux corps de règles, soit que les mesures étatiques font obstacle à l'accomplissement et à l'exécution des objectifs du Congrès (« *conflict preemption* »).

Ces trois catégories sont néanmoins discutées, ce qui témoigne de l'ambiguïté du concept de préemption¹⁷¹⁴ et de la difficulté à trouver une définition reflétant la pratique des juridictions.

Il convient donc de s'attarder dans un premier temps sur les différentes conceptions de la préemption (section 1). Cet examen nous conduira à proposer une définition de la préemption : celle-ci désignerait le phénomène par lequel le juge substitue la norme de contrôle, en examinant les mesures étatiques litigieuses non au regard de la « constitution » mais au regard de la législation « fédérale ».

Une fois la notion définie, nous verrons que la préemption, dans la mesure où elle est susceptible de modifier le résultat du contrôle juridictionnel, constitue un enjeu déterminant pour les parties aux litiges (section 2).

Section 1 – L'ambiguïté du concept de préemption

443. Les trois catégories de préemption précédemment mentionnées renvoient à deux conceptions de la préemption : une conception classique et étroite qui fait de la préemption une règle régissant la répartition des compétences (A) ; une conception plus large qui fait de la préemption une règle par laquelle la norme nationale n'est plus contrôlée à l'aune de la « Constitution » mais à l'aune de la législation supra-étatique (B).

¹⁷¹⁴ V. not. S. GARDBAUM, "The Nature of Preemption", *Cornell L. Rev.*, vol. 79, 1994, p. 767.

§1. La préemption en tant que règle régissant la répartition des compétences

444. Une première conception, que l'on peut qualifier d'étroite, fait de la préemption une question de compétence et permet ainsi de distinguer nettement ce concept de celui de primauté, qui constitue une règle permettant la résolution d'un conflit de normes¹⁷¹⁵.

La préemption désigne, dans ce cadre, le phénomène par lequel une compétence partagée entre les deux niveaux de l'Union devient une compétence exclusive du niveau supérieur de l'Union. Ce phénomène a pour conséquence qu'il est interdit aux Etats membres d'intervenir dans le domaine préempté¹⁷¹⁶.

Une telle mutation de la compétence résulte de l'action du législateur supra-étatique. Celui-ci a, sauf disposition « constitutionnelle » expresse¹⁷¹⁷, la faculté de redéfinir la répartition des compétences entre lui et les Etats membres¹⁷¹⁸. Il peut en effet décider d'adopter dans un domaine de compétence partagée une réglementation exhaustive excluant toute compétence parallèle des Etats. La compétence de l'Union est alors devenue « exclusive par exercice »¹⁷¹⁹.

445. La préemption a pour conséquence l'exclusion de toute norme étatique applicable dans le même domaine, et ce, sans qu'il soit nécessaire en principe d'examiner le contenu de cette norme. Ainsi, selon la Cour Suprême, « *lorsque le gouvernement fédéral, dans l'exercice de son autorité supérieure [...], a adopté un schéma complet de réglementation et fournit un standard [unique] [...], les Etats ne peuvent, [...], entrer en conflit ou interférer, entraver ou compléter la loi fédérale ou appliquer des réglementations additionnelles ou*

¹⁷¹⁵ V. not. en ce sens S. GARDBAUM, "Congress's power to preempt the States", *Pepp. L. Rev.*, vol. 33, 2005, p. 39, *spéc.* pp. 40-47.

¹⁷¹⁶ V. en ce sens P. JUILLARD, « Les orientations de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême... », *préc.*, p. 67.

¹⁷¹⁷ Aucune disposition de la sorte ne figure dans la Constitution américaine. En revanche, le TFUE contient plusieurs articles prévoyant que, quel que soit le degré d'intervention de l'Union, les Etats demeurent compétents. Tel est le cas en matière de politique sociale (art. 153 TFUE), de protection des consommateurs (art. 169 TFUE) et de protection de l'environnement (art. 193 TFUE). V. par ex. CJCE, 22 avril 2010, *Dimos Agiou Nikolaou*, aff. C-82/09, *Rec.* p. I-3649.

¹⁷¹⁸ Ce que la Cour Suprême reconnaît explicitement (v. par ex. *Zook*, 336 U.S., *préc.*, p. 728). V. J. F. ZIMMERMAN, *Congressional Preemption*, SUNY Press, 2005, p. 1.

¹⁷¹⁹ V. not. Y. GAUTIER, « La compétence communautaire exclusive », in *Mélanges en l'honneur de G. Isaac, 50 ans de droit communautaire*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 165.

supplémentaires »¹⁷²⁰. Inversement, le caractère incomplet de la réglementation supra-étatique implique l'appréciation des mesures étatiques au regard des dispositions constitutionnelles, c'est-à-dire des dispositions du TFUE relative aux libertés de circulation dans l'Union européenne et de la clause de commerce aux Etats-Unis.

446. Cette approche de la préemption englobe l'*explicit preemption* ainsi que la *field preemption*, mais exclut la *conflict preemption*, dans la mesure où cette dernière forme de préemption n'a pas trait à l'existence de la compétence étatique mais à son exercice¹⁷²¹.

447. Cette définition de la préemption en tant que règle de compétence, défendue par certains auteurs américains¹⁷²², est souvent celle retenue par la doctrine communautaire. Ainsi, pour le professeur BRIBOSIA, la préemption désigne « *le principe selon lequel les Etats membres sont privés de tout pouvoir normatif lorsque la compétence concurrente est devenue exclusive pour la Communauté qui l'a exercée dans son intégralité* »¹⁷²³. L'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER partage ce point de vue puisque, selon lui, le « *débat relatif à la préemption [...] [renvoie] au point de savoir dans quelle mesure et dans quelles hypothèses les compétences concurrentes des Etats membres dans une matière ont pu être déplacées par l'action du législateur communautaire* »¹⁷²⁴. Les rédacteurs du TFUE ont d'ailleurs traduit le principe à l'article 2, §2 du traité qui prévoit que, dans les domaines de compétence partagée, « les Etats membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne ». Aussi, perdent-ils leurs compétences à mesure que l'Union intervient¹⁷²⁵.

448. Toutefois, cette conception de la préemption ne correspond que très partiellement à la pratique contentieuse de la Cour de justice. Certes, elle a trouvé un certain écho en matière de politique agricole commune. En revanche, elle n'a pas été appliquée dans le domaine du

¹⁷²⁰ *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52, 66-67 (1941). Dans le même sens, *v. Northern States Power Co. v. State of Minnesota*, 447 F.2d 1143 (8th Cir. 1971).

¹⁷²¹ V. en ce sens S. GARDBAUM, "Congress's power to preempt the States", préc., p. 42.

¹⁷²² *Id.*

¹⁷²³ H. BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les Etats-membres, commentaire sur l'article 3B du Traité de Maastricht », *RMUE*, n° 4, 1992, p. 165, spéc. p. 175. V. également en ce sens, S. WEATHERILL, *Law and integration in the European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1996, spéc. pp. 136-137 (cité par R. SCHÜTZE, "Supremacy without pre-emption?...", préc., p. 1036).

¹⁷²⁴ Pt 93 des conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt CJCE, 8 septembre 2009, *Budějovický Budvar*, aff. C-478/07, *Rec.* p. I-7721.

¹⁷²⁵ Cette mutation n'est toutefois pas irréversible puisque ce même article précise que « [l]es Etats membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne ».

marché intérieur.

En matière de politique agricole commune, la Cour de justice a jugé à plusieurs reprises que « *dans les domaines couverts par une organisation commune de marché [...] les Etats membres ne peuvent plus intervenir, par des dispositions prises unilatéralement [...]* »¹⁷²⁶. Elle n'a, toutefois, pas suivi une ligne constante en la matière puisque, dans certains arrêts, la question de la préemption a été abordée sous l'angle du conflit de normes. Elle a ainsi parfois considéré que lorsque « *la Communauté a adopté [...] [une réglementation] portant établissement d'une organisation commune de marché dans un secteur déterminé, les Etats membres sont tenus de s'abstenir de toute mesure qui serait de nature à y déroger ou à y porter atteinte* »¹⁷²⁷. Cette formule laisse davantage penser que les Etats ne peuvent adopter des mesures en conflit avec la législation communautaire plutôt qu'ils ont perdu toute compétence. Pour le professeur WAELBROECK, ces divergences jurisprudentielles témoignent de l'hésitation entre les différentes conceptions de la préemption¹⁷²⁸.

La Cour semble, cependant, avoir opté, *in fine*, pour l'approche en termes de répartition des compétences. Dans sa jurisprudence plus récente elle a, en effet, jugé que « *dès lors que la Communauté a établi une organisation commune de marché dans un secteur déterminé, c'est à la Communauté qu'il incombe de chercher des solutions aux problèmes [...] dans le cadre de la politique agricole commune. Dès lors, les Etats membres sont tenus de s'abstenir de prendre toute mesure unilatérale dans ce domaine, même si celle-ci est de nature à servir de soutien à la politique commune de la Communauté* »¹⁷²⁹. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer un quelconque conflit : sauf autorisation expresse du législateur communautaire, toute intervention des Etats est prohibée.

Toutefois, si l'on devait s'en tenir à cette conception de la préemption, il apparaîtrait rapidement que cette théorie n'a pas vocation à s'appliquer dans le domaine du marché

¹⁷²⁶ CJCE, *Tasca*, aff. 65/75, préc., pt 5. Dans le même sens, v. CJCE, *Succédanés de lait en poudre*, aff. 216/84, préc., pt 18.

¹⁷²⁷ V. par ex. CJCE, 18 mai 1977, *Van den Hazel*, aff. 111/76, *Rec.* p. 901, pt 13 ; CJCE, 29 novembre 1978, *Redmond*, aff. 83/78, *Rec.* p. 2347, pt 56 ; CJCE, 22 juin 1979, *Pigs and Bacon Commission c/ Mc Carren*, aff. 177/78, *Rec.* p. 2161, pt 14 ; CJCE, *Jongeneel Kaas*, aff. 237/82, préc., pt 12 ; CJCE, *Forest*, aff. 148/85, préc., pt 14.

¹⁷²⁸ M. WAELBROECK, "The Emergent Doctrine of Community Pre-emption – Consent and Re-delegation", in T. SANDALOW and E. STEIN, *Courts and free markets, perspectives from the United States and Europe*, vol. I, Clarendon Press, Oxford 1982, p. 548, *spéc.* p. 551-552 et 555-567.

¹⁷²⁹ CJCE, 6 novembre 1990, *Italie c/ Commission*, aff. C-86/89, *Rec.* p. I-3891, pt 19 ; CJCE, 14 octobre 2004, *Espagne c/ Commission*, aff. C-173/02, *Rec.* p. I-9735, pt 19 ; CJCE, 29 juin 2006, *Commission c/ Italie*, aff. C-487/04, *Rec.* p. I-85 (Pub.somm.), pt 28.

intérieur. La Cour de justice a, en effet, dans ce domaine, systématiquement raisonné en termes de conflits de normes et non en termes de compétences. Après avoir constaté qu'un domaine était harmonisé de manière exhaustive, elle a toujours recherché si la norme nationale se conformait à la norme communautaire. A cet égard, dans l'affaire *Ratti* de 1976¹⁷³⁰, arrêt de principe en matière de préemption dans le domaine du marché intérieur, la Cour de justice a abordé la question de la préemption sous l'angle du conflit de normes et non sous l'angle de la compétence. Après avoir constaté que la mesure litigieuse intervenait dans un domaine couvert par une mesure d'harmonisation, les juges ont conclu que « *les Etats membres n'ont pas la faculté de maintenir parallèlement à la réglementation prévue par ladite directive pour les importations, une réglementation différente pour le marché intérieur* »¹⁷³¹. Il en résultait, en l'espèce, que l'Italie ne pouvait « *introduire dans sa législation nationale des conditions plus restrictives que celles prévues par la directive en cause, ou même plus détaillées, ou en tout cas différentes* »¹⁷³². Or, si l'on s'en tenait à la conception étroite de la préemption, l'existence d'une harmonisation exhaustive devrait *ipso facto* exclure toute compétence nationale¹⁷³³. La Cour n'aurait donc pas à rechercher si la mesure étatique est différente de la mesure communautaire mais simplement à constater, qu'en raison de l'existence d'une norme supra-étatique, l'Etat a perdu toute compétence.

449. En d'autres termes, si l'on adhère à cette définition de la préemption, on ne peut que conclure qu'il n'y a pas, en Europe, de préemption dans le domaine du marché intérieur¹⁷³⁴. On peut, alternativement, considérer que cette approche de la préemption, sans être inexacte, n'est pas suffisante. Il convient dès lors d'examiner si une définition plus opérationnelle pourrait être donnée de la préemption dans le cadre du marché intérieur.

¹⁷³⁰ CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.* p. 1629.

¹⁷³¹ Pt 26 de l'arrêt.

¹⁷³² Pt 27 de l'arrêt.

¹⁷³³ Exceptée évidemment la compétence de transposition.

¹⁷³⁴ Il convient néanmoins de relativiser cette appréciation en raison de la nature des actes adoptés dans le domaine du marché intérieur. Il s'agit, en effet, la plupart du temps, de directives. L'intervention du législateur national est donc nécessaire pour mettre en œuvre la politique communautaire. Dès lors, la Cour doit nécessairement raisonner en termes de conflit de normes, en examinant si les mesures prises pour transposer les directives sont conformes ou non aux dispositions de celle-ci.

§2. La préemption en tant que règle de « conflit » de normes

450. Selon une seconde conception, développée notamment par le professeur WAELBROECK¹⁷³⁵, la préemption désignerait plus largement l'ensemble des hypothèses de conflits entre la norme étatique et la norme supra-étatique. Il y aurait ainsi préemption de la norme étatique par la norme supra-étatique en cas de conflit concret entre ces deux normes, ce qui correspond à la *conflict preemption*, mais également en cas de conflit abstrait ou potentiel¹⁷³⁶, résultant de la volonté du législateur « supra-étatique » d'exclure tout exercice parallèle de compétence de la part des Etats¹⁷³⁷, ce qui correspond à l'*explicit* et à la *field preemption*. Dans ce dernier cas, il ne serait pas nécessaire de constater une contradiction sur le fond entre les normes. La simple existence d'une norme étatique dans un domaine réglementé de manière exhaustive permettrait de conclure à l'existence d'un conflit. Aussi, cette conception de la préemption ne s'opposerait pas frontalement à la première mais dépasserait celle-ci.

451. Elle semble davantage correspondre à la pratique puisqu'elle couvre tant les arrêts dans lesquels les juridictions ont observé que les Etats avaient perdu leur compétence que ceux dans lesquels elles ont recherché la conformité du droit étatique au droit supra-étatique. En outre, elle reflète particulièrement bien la jurisprudence américaine puisque, souvent, les juges envisagent successivement les deux types de conflit¹⁷³⁸. Dans le même temps, cette approche est contestée par certains auteurs qui jugent qu'elles procèdent d'une confusion avec le principe de primauté¹⁷³⁹. Toutefois, si la frontière avec le principe de primauté devient, avec cette conception, plus floue, il demeure néanmoins possible de l'identifier : la préemption

¹⁷³⁵ M. WAELBROECK, "The Emergent Doctrine of Community Pre-emption...", *op. cit.*, pp. 511 et s. V. également E. CROSS, "Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community : A Framework for analysis", *CML Rev.*, vol. 29, 1992, p. 447, *spéc.* pp. 451-452 ; K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, *op. cit.*, pp. 167 et s.

¹⁷³⁶ R. SCHÜTZE, "Supremacy without pre-emption?...", *préc.*, p. 1040.

¹⁷³⁷ Pour la Cour Suprême, en présence d'une réglementation fédérale exhaustive, la législation étatique peut être perçue comme créant un conflit avec l'intention du Congrès de régler de manière uniforme et exhaustive la question litigieuse (v. *General Electric Co.*, 496 U.S., *préc.*, p. 79 n.5, exemple cité par R. SCHÜTZE, "Supremacy without pre-emption?...", *préc.*, p. 1039). V. également L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 1205.

¹⁷³⁸ V. par ex. *Pacific Gas & Electric Co. v. California State Energy Resources Conservation & Development Comm'n*, 461 U.S. 190 (1983) ; *Wisconsin Pub. Intervenor*, 501 U.S. 597, *préc.*

¹⁷³⁹ V. par ex. S. GARDBAUM, "Congress's power to preempt the States", *préc.*, pp. 40 et s.

précède la primauté en ce qu'elle désigne le conflit, tandis que la primauté désigne la manière de résoudre ce conflit¹⁷⁴⁰.

452. Au-delà de ces controverses doctrinales, ce qui importe, à notre sens, sont les conséquences de la préemption. Celle-ci entraîne en effet une substitution de la norme de contrôle puisque le juge n'apprécie plus la mesure étatique à l'aune de la « constitution fédérale » mais à l'aune de la norme fédérale infra-constitutionnelle. Cette substitution constitue un enjeu particulièrement important dans la mesure où elle peut conduire à un résultat inverse de celui qui serait atteint si les juridictions n'appliquaient que les seules dispositions « constitutionnelles ». En effet, la législation « supra-étatique » peut conduire à valider une mesure étatique restrictive des libertés de circulation¹⁷⁴¹. Inversement, elle peut amener le juge à écarter une réglementation qui pourrait être justifiée au regard des « pouvoirs de police » des Etats. En effet, « [...] lorsqu'une question est réglementée de manière exhaustive au niveau communautaire, toute mesure nationale y relative doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas de celles des articles [...] du traité »¹⁷⁴². Aussi un Etat ne peut-il plus faire valoir les exceptions figurant au traité ou reconnues par la Cour de justice¹⁷⁴³. Le principe est le même aux Etats-Unis où l'existence d'un pouvoir de police ne permet pas de justifier la violation d'une législation fédérale¹⁷⁴⁴.

453. La préemption constitue donc un biais dans l'analyse traditionnelle des entraves d'autant plus important que, à mesure de la construction communautaire, les cas d'harmonisation exhaustive et donc de préemption tendent à se multiplier dans l'Union européenne. La Cour de justice est donc régulièrement amenée à rappeler aux Etats qu'ils ont perdu toute possibilité de recourir à leur pouvoir de police dans un certain nombre de

¹⁷⁴⁰ V. en ce sens, M. WAELBROECK, "The Emergent Doctrine of Community Pre-emption...", *op. cit.*, p. 551 ; R. SCHÜTZE, "Supremacy without pre-emption?...", *préc.*, p. 1023.

¹⁷⁴¹ V. par ex. dans l'UE, CJCE, 13 décembre 2001, *Daimler Chrysler*, aff. C-324/99, *Rec.* p. I-9897 (développé *infra*). Il faut cependant relever qu'en cas de doute sur le sens d'un acte communautaire, celui-ci doit être interprété à la lumière des règles du traité relatives à la libre circulation (v. en ce sens CJCE, 11 juillet 1996, *Bristol-Myers Squibb*, aff. jtes C-427, 428 et 436/93, *Rec.* p. I-3457). Aussi, les hypothèses dans lesquelles un acte communautaire de droit dérivé autoriserait un comportement autrement interdit par les dispositions du traité sont-elles limitées. Aux Etats-Unis, v. par ex. *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., *préc.*, p. 769. Sur la faculté des autorités centrales d'autoriser des mesures contraires aux exigences constitutionnelles, v. *infra* chapitre 2 du présent titre.

¹⁷⁴² CJCE, *Daimler Chrysler*, aff. C-324/99, *préc.*, pt 32. V. également CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi c/ Denkavit*, aff. 5/77, *Rec.* p. 1555 ; CJCE, 12 octobre 1993, *Vanacker et Lesage*, aff. C-37/92, *Rec.* p. I-4947.

¹⁷⁴³ Pour un exemple récent, v. CJUE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-150/11, *préc.*, pt 79.

¹⁷⁴⁴ V. par ex. *Rice et al. v. Santa Fe Elevator Corp*, 331 U.S. 218 (1947) et à ce propos L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 1180.

domaines. De même, le phénomène de centralisation que l'on constate aux Etats-Unis depuis la fin des années 1930¹⁷⁴⁵ a conduit les juridictions à envisager de plus en plus les mesures étatiques à l'aune des réglementations fédérales.

Section 2 – Une application différenciée du concept de préemption

454. L'étude de la jurisprudence amène à constater que la préemption est formulée dans des termes relativement proches aux Etats-Unis et dans l'Union européenne. Celle-ci suppose, de la part du juge, une analyse en deux étapes : dans un premier temps, celui-ci doit déterminer s'il existe dans le domaine envisagé une législation supra-étatique et si celle-ci est exhaustive. Cette exhaustivité peut ressortir expressément du texte de la législation supra-étatique. La préemption est alors explicite. La préemption peut également être implicite : bien qu'aucune indication ne figure dans le texte de la loi, il ressort clairement de celui-ci que les Etats ont perdu toute marge de manoeuvre¹⁷⁴⁶.

Si le juge conclut au caractère exhaustif de la législation supra-étatique, il apprécie, dans un second temps, la mesure étatique à l'aune de cette législation et, en cas de contrariété, fait prévaloir, en vertu du principe de primauté, la législation supra-étatique sur la mesure étatique. Le principal effet de la préemption est alors d'empêcher les Etats de recourir aux dérogations qui leur ont été reconnues, soit par les normes constitutionnelles, soit par la jurisprudence.

Au contraire, si le juge conclut que la législation supra-étatique laisse une marge de manoeuvre aux Etats, il contrôle alors la mesure à l'aune des exigences constitutionnelles, c'est-à-dire les dispositions du traité relatives aux libertés de circulation dans l'Union européenne et la clause de commerce aux Etats-Unis. En effet, selon la jurisprudence communautaire, « *dans un secteur n'ayant pas fait l'objet d'une harmonisation complète au niveau communautaire [...] les États membres demeurent, en principe, compétents [...], il*

¹⁷⁴⁵ V. à ce propos H. KEMPF et M.-F. TOINET, « La fin du fédéralisme aux Etats-Unis ? », *RFSP*, n° 4, 1980, p. 735.

¹⁷⁴⁶ Cette classification apparaît explicitement dans la jurisprudence et la doctrine américaines (v. par ex. J. T. O'REILLY, *Federal Preemption of State and Local Law*, American Bar Association, 2007, pp. 51-79 ; D. G. OWEN, "Federal Preemption of Products Liability Claims", préc., pp. 414 et s.). La Cour de justice, n'ayant pas expressément élaboré de théorie de la préemption, ne mentionne pas ces catégories dans sa jurisprudence. Toutefois, la pratique révèle qu'elles sont tout autant employées (v. *infra*).

n'en reste pas moins qu'ils doivent exercer leurs compétences dans le respect des libertés fondamentales garanties par le traité CE »¹⁷⁴⁷. Cette formule n'est pas sans rappeler celle qu'emploie le juge américain, pour qui, « même en l'absence de législation fédérale, la clause de commerce contient une limitation implicite au pouvoir des Etats d'entraver le commerce interétatique »¹⁷⁴⁸.

L'absence de préemption n'empêche toutefois pas un certain contrôle au regard de la législation supra-étatique puisque tant les juridictions américaines que les juridictions de l'Union européenne vérifient que les Etats ont respecté l'esprit et les objectifs poursuivis par cette législation¹⁷⁴⁹.

455. Les étapes de l'analyse sont donc similaires. On constate néanmoins, à la lecture de la jurisprudence, que les juridictions américaines, à l'origine de la notion de préemption, en ont, en pratique, une conception plus étroite que les juges communautaires (§1). Cette attitude a des conséquences importantes puisque la reconnaissance ou le rejet préalable de la préemption peut modifier le résultat du contrôle juridictionnel (§2).

§1. Une formulation similaire mais une conception différente de la préemption

456. Les juridictions américaines comme les juridictions de l'UE reconnaissent tant une préemption explicite (A) qu'une préemption implicite (B). L'étude comparée de la jurisprudence conduit, toutefois, à constater que, dans les deux hypothèses, les juridictions américaines ont, de manière générale, adopté une position plus favorable aux Etats que la Cour de justice. En effet, les juges américains évitent, dans la mesure du possible, de conclure à la préemption, préférant reconnaître une marge de manœuvre aux Etats. En outre, le silence du législateur fédéral les conduit souvent à exercer un contrôle plus souple des mesures étatiques. Par ailleurs, dans tous les domaines relevant des pouvoirs de police des Etats –

¹⁷⁴⁷ V. par ex. CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc., pt 16.

¹⁷⁴⁸ “*Even in the absence of congressional legislation, the Commerce Clause contains an implied limitation on the power of the States to interfere with or impose burdens on interstate commerce*” (*Arkansas Elec. Coop.*, 461 U.S., préc., p. 389).

¹⁷⁴⁹ V. par ex. aux Etats-Unis *Parker v. Brown*, 317 U.S., préc., p. 354, et dans l'UE, CJCE, 15 avril 2010, *Commission c/ France*, aff. C-64/09, Rec. p. I-3283, pt 35.

notamment la sécurité, la santé, l'environnement, etc. – les juridictions américaines présument l'absence de préemption¹⁷⁵⁰. Cette présomption rend encore plus difficile la démonstration de la préemption pour les parties alléguant l'incompatibilité d'une mesure étatique avec une législation fédérale.

A. La préemption explicite

457. La préemption est explicite lorsque le législateur supra-étatique a, dans le texte de la loi, expressément retiré toute marge de manœuvre aux Etats. Dans cette hypothèse, la question de la préemption est aisément résolue, le juge se contentant d'examiner si la mesure étatique est conforme à la législation supra-étatique.

458. Aux Etats-Unis, par exemple, le *Federal Meat Inspection Act*¹⁷⁵¹ interdit toutes exigences étatiques différant d'une quelconque manière des exigences fédérales en ce qui concerne l'emballage et l'étiquetage des viandes. Sur ce fondement, la Cour Suprême a pu aisément condamner une réglementation californienne relative au poids des denrées alimentaires qui divergeait des principes posés par la législation fédérale¹⁷⁵².

L'examen de la jurisprudence révèle toutefois que les juridictions américaine évitent, dans toute la mesure du possible, de conclure à la préemption. En conséquence, elles interprètent souvent strictement les législations fédérales afin de constater l'absence de contrariété de la mesure étatique avec ces législations. Une telle règle d'interprétation a été expressément prescrite par la Cour Suprême qui, notamment dans l'arrêt *Huron Portland Cement Co.*¹⁷⁵³, a constaté que « [l]es décisions de la Cour [enseignent] [...] qu'il ne faut pas rechercher le conflit entre la réglementation étatique et la réglementation fédérale lorsqu'il n'existe pas clairement »¹⁷⁵⁴.

459. En sens inverse, le législateur fédéral a souvent pris soin de préciser que toute préemption devait être exclue, maintenant ainsi explicitement la compétence des Etats. Tel est

¹⁷⁵⁰ V. par ex. *Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S., préc., p. 230 ; *Midlantic Nat'l Bank v. NJDEP*, 474 U.S. 494 (1986) ; *Pharmaceutical Research*, 538 U.S., préc., p. 666. Sur cette présomption, v. A. ARENA, "The Doctrine of Union Preemption...", préc., pp. 19-21.

¹⁷⁵¹ 21 U.S.C. § 601.

¹⁷⁵² *Jones v. Rath Packing*, 430 U.S. 519 (1977).

¹⁷⁵³ *Huron Portland Cement Co.*, 362 U.S. 440, préc.

¹⁷⁵⁴ P. 446 de l'arrêt. V. dans le même sens, *Exxon Corp.*, 437 U.S., préc., p. 130.

le cas du *Nutrition Labeling and Education Act* dont un amendement de 1996 précise que « [r]ien dans l'Acte ou dans toute autre disposition ne saurait être interprété comme préemptant, interdisant ou limitant autrement l'autorité de l'Etat de la Californie, directement ou indirectement, d'établir ou de maintenir des lois, réglementations et exigences concernant [la composition du lait] ou [son] étiquetage [...] »¹⁷⁵⁵. De même, le législateur a prévu une réglementation minimale en matière de pesticides¹⁷⁵⁶ : il est en effet explicitement prévu que les Etats peuvent adopter des réglementations plus rigoureuses¹⁷⁵⁷. De telles clauses sont largement interprétées afin, ici aussi, de permettre d'écarter la préemption du droit étatique par le droit fédéral.

Lorsque la préemption a été explicitement écartée par le Congrès, les mesures étatiques ne peuvent être sanctionnées au regard de la législation fédérale. En revanche, elles peuvent toujours être contestées sur le fondement de la Constitution, même si les chances de succès d'une telle demande apparaissent, dans cette hypothèse, nettement amoindries. En effet, les juridictions tendent à considérer que la reconnaissance d'une marge de manœuvre aux Etats par le législateur fédéral doit les conduire à adopter une position favorable au législateur étatique¹⁷⁵⁸. Ainsi, dans l'arrêt *Parker v. Brown* de 1943¹⁷⁵⁹, la Cour Suprême a constaté que la question de la stabilité du marché du raisin relevait autant de la compétence fédérale que de la compétence étatique. En l'absence d'action divergente du Congrès en la matière, elle a, néanmoins, observé que la solution du problème devait essentiellement être recherchée au niveau étatique¹⁷⁶⁰. Dès lors, elle a conclu à la constitutionnalité de la mesure californienne soumise à son contrôle alors que celle-ci établissait un contrôle substantiel des exportations de raisin vers les autres Etats de l'Union.

460. Dans l'Union européenne, plusieurs exemples d'harmonisation exhaustive et de préemption explicite peuvent également être cités. Ainsi, la directive 73/173/CEE relative à la

¹⁷⁵⁵ 7 U.S.C. § 7254. V. à ce propos *Hillside Dairy, Inc.*, 539 U.S., préc., p. 65.

¹⁷⁵⁶ Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (7 U.S.C. § 136 et seq.).

¹⁷⁵⁷ V. à propos de cette loi et de sa portée : *Wisconsin Pub. Intervenor*, 501 U.S. 597, préc.

¹⁷⁵⁸ A ce propos, v. également *infra* l'interprétation faite par les juridictions du silence du législateur supra-étatique.

¹⁷⁵⁹ *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341, préc.

¹⁷⁶⁰ V. p. 367 de l'arrêt.

classification, l'emballage et l'étiquetage des préparations dangereuses (solvants)¹⁷⁶¹ a, selon la Cour de justice, explicitement exclu que les Etats membres maintiennent, « *parallèlement à la réglementation prévue par ladite directive pour les importations, une réglementation différente pour le marché intérieur* »¹⁷⁶². Or, comme l'a souligné la juridiction ayant saisi la Cour de justice dans l'affaire *Ratti*, une « contradiction évidente » existait entre la législation italienne et cette directive. Dès lors, la législation étatique ne pouvait être opposée à M. Ratti. Peut également être citée la directive 1999/5/CE concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications¹⁷⁶³ qui a établi un cadre réglementaire complet pour la mise sur le marché, la libre circulation et la mise en service de ces équipements. En conséquence, toute réglementation étatique en ce domaine s'apprécie uniquement au regard des dispositions de cette directive¹⁷⁶⁴.

Comme aux Etats-Unis, le législateur supra-étatique, lorsqu'il entend laisser une marge de manœuvre aux Etats et exclure toute préemption, le mentionne souvent dans les actes qu'il adopte. Par exemple, la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹⁷⁶⁵ précise, dans l'un de ses considérants, « *qu'en l'état actuel des législations nationales, seule une harmonisation partielle est envisageable* » et « *qu'il importe de laisser la possibilité aux États membres, dans le respect du traité, d'assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur au moyen de dispositions nationales plus strictes que celles de la présente directive* ». Les exigences supplémentaires que les Etats peuvent imposer seront néanmoins appréciées au regard des dispositions du traité en cas de contentieux. Pareillement, la directive 87/102/CEE relative au crédit à la consommation¹⁷⁶⁶ dispose en son article 15 qu'elle « *n'empêche pas les États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions plus strictes pour la protection des consommateurs* ».

¹⁷⁶¹ Directive 73/173/CEE du Conseil, du 4 juin 1973, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des préparations dangereuses (solvants) (JO L 189, p. 7).

¹⁷⁶² CJCE, *Ratti*, aff. 148/78, préc., pt 26.

¹⁷⁶³ Directive 1999/5/CE concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité (JO L 91, p. 10).

¹⁷⁶⁴ V. CJCE, *ATRAL*, aff. C-14/02, préc. ; CJCE, 30 avril 2009, *Lidl Magyarország*, aff. C-132/08, *Rec.* p. I-3841.

¹⁷⁶⁵ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L 95, p. 29).

¹⁷⁶⁶ Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation (JO L 42, p. 48).

461. Il convient de relever qu'une réglementation peut être exhaustive tout en laissant une certaine marge de manœuvre aux Etats si elle prévoit elle-même les modalités d'intervention de ces derniers. Dès lors que le pouvoir d'appréciation laissé aux Etats est entièrement prévu par la législation supra-étatique, l'examen des mesures nationales s'opère exclusivement au regard de cette législation et non au regard des normes constitutionnelles. Dans l'Union européenne par exemple, la directive 2000/13/CE¹⁷⁶⁷ relative à l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires prévoit, en son article 18, certaines dérogations à l'obligation pour les Etats d'accepter la commercialisation des marchandises conformes à ses prescriptions. Un Etat entendant réglementer cette commercialisation doit nécessairement se fonder sur cette disposition de la directive et ne peut recourir aux dispositions dérogatoires du traité¹⁷⁶⁸. La même conclusion s'est imposée à l'égard de plusieurs autres directives parmi lesquelles la directive 76/768¹⁷⁶⁹ relative aux produits cosmétiques¹⁷⁷⁰ et la directive 85/374/CEE¹⁷⁷¹ en matière de responsabilité du fait des produits défectueux¹⁷⁷².

Aux Etats-Unis l'*Occupational Safety and Health Act*¹⁷⁷³ relatif aux normes de sécurité au travail a expressément prévu qu'un seul corps de règles, fédérales ou étatiques, devait s'appliquer à la formation des personnes manipulant des déchets dangereux. Les Etats étaient donc autorisés à prévoir leurs propres règles, à la condition de présenter et de faire approuver au préalable un plan en la matière aux autorités fédérales. La Cour Suprême a, sur ce seul fondement, déclaré inconstitutionnelle une loi de l'Illinois n'ayant pas respecté les exigences fédérales, sans permettre à l'Etat de justifier par ailleurs sa réglementation¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁶⁷ Directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard (JO L 109, p. 29).

¹⁷⁶⁸ CJCE, 13 mars 2003, *Müller*, aff. C-229/01, *Rec.* p. I-2587.

¹⁷⁶⁹ Directive 76/768/CEE du Conseil, du 27 juillet 1976, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques (JO L 262, p. 169).

¹⁷⁷⁰ CJCE, 13 janvier 2000, *Estée Lauder*, aff. C-220/98, *Rec.* p. I-117.

¹⁷⁷¹ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (JO L 210 p. 29).

¹⁷⁷² CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ France*, aff. C-52/00, *Rec.* p. I-3827.

¹⁷⁷³ 29 U.S.C. § 651 *et seq.*

¹⁷⁷⁴ *Gade v. National Solid Wastes Management Ass'n*, 505 U.S. 88 (1992).

B. La préemption implicite

462. La préemption est dite implicite lorsqu'elle ne ressort pas des termes mêmes de la législation mais se déduit de la volonté du législateur supra-étatique.

Cette volonté « d'occuper le terrain » et d'exclure toute intervention divergente des Etats doit toutefois être suffisamment univoque pour que les juridictions acceptent de conclure à la préemption¹⁷⁷⁵. Ainsi, la Cour Suprême rappelle-t-elle invariablement qu'il ne peut y avoir préemption que si « *la matière réglementée ne permet aucune autre conclusion ou que le Congrès l'a incontestablement ordonné* »¹⁷⁷⁶. Pareillement, la Cour de justice estime qu'« [u]ne harmonisation complète [...] ne saurait être présumée en l'absence d'une volonté clairement exprimée en ce sens par le législateur communautaire »¹⁷⁷⁷.

463. Aussi la préemption ne saurait se déduire du seul silence du législateur¹⁷⁷⁸. Autrement dit, l'inaction du législateur supra-étatique ne peut, en principe, être interprétée comme interdisant aux Etats d'agir¹⁷⁷⁹. Inversement, ce silence ne constitue pas un blanc-seing à l'action étatique puisque, dans cette hypothèse, l'Etat doit encore se conformer aux exigences « constitutionnelles »¹⁷⁸⁰. On relèvera cependant que l'inaction du législateur fédéral a, aux Etats-Unis, souvent conduit les juridictions à conclure à la constitutionnalité des mesures soumises à leur appréciation¹⁷⁸¹. Ainsi la Cour Suprême a, dans l'arrêt *Barnwell Bros.*¹⁷⁸², estimé que le législateur fédéral aurait pu intervenir pour réglementer uniformément la taille des camions autorisés à circuler sur les voies de transport de l'Union. Son abstention a été

¹⁷⁷⁵ V. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 1207.

¹⁷⁷⁶ *Florida Lime*, 373 U.S., préc., p. 142. V. également *Commonwealth Edison Co.*, 453 U.S. 609, préc. ; *R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 479 U.S., préc., p. 140.

¹⁷⁷⁷ CJCE, 7 septembre 2004, *Commission c/ France*, aff. C-347/02, Rec. p. I-7557, pt 25.

¹⁷⁷⁸ Dans l'UE, v. par ex. CJCE, *Jongeneel Kaas*, aff. 237/82, préc., pt 13 ; CJCE, *Forest*, aff. 148/85, préc., pt 14 ; CJCE, *Canal Satellite Digital*, aff. C-390/99, préc., pt 27. Aux Etats-Unis, v. par ex. *Wisconsin Pub. Intervenor*, 501 U.S., préc., p. 607.

¹⁷⁷⁹ La jurisprudence américaine s'est toutefois montrée hésitante sur ce point (v. par ex. *West v. Kansas Natural Gas Co.*, 221 U.S., préc., p. 261).

¹⁷⁸⁰ V. *supra*.

¹⁷⁸¹ Pendant un temps, le silence du Congrès a, au contraire, été interprété comme interdisant aux Etats d'agir dans les domaines susceptibles d'affecter le commerce interétatique (*Welton*, 91 U.S., préc., p. 282 ; *Leisy v. Hardin*, 135 U.S., préc., pp. 109-110). Cette théorie dite de la « préemption par silence » impliquait que le Congrès devait au préalable autoriser les Etats à légiférer. Cette théorie a toutefois été totalement abandonnée (v. *infra* chapitre 2, section 1, §2, A du présent titre).

¹⁷⁸² *Barnwell Bros.*, 303 U.S. 177, préc.

interprétée comme une tolérance à l'égard des disparités réglementaires et est venue appuyer l'argumentation de la Caroline du Sud en faveur de la constitutionnalité de la réglementation¹⁷⁸³. Plus explicitement, la Cour d'appel du 4^{ème} Circuit a jugé en 1986 que « *les inconvénients provenant des différences entre les réglementations étatiques, [...] sont une conséquence inévitable du manque d'uniformité [...], manque que le Congrès [en n'intervenant pas] a expressément autorisé. [...] si le Congrès avait voulu que toutes les exigences étatiques soient identiques [...] il aurait pu facilement le faire* »¹⁷⁸⁴. Cette approche a été défendue par certains juges, minoritaires, de la Cour Suprême qui considèrent que la question de la libre circulation entre les Etats fédérés constitue une question politique qui ne devrait pas être résolue par le juge mais uniquement par le législateur. En conséquence, ces juges tendent à prôner un contrôle juridictionnel limité à l'examen de la préemption : soit le législateur fédéral est intervenu et il convient dans cette hypothèse d'examiner si la mesure étatique litigieuse est conforme à la législation fédérale ; soit le législateur fédéral n'est pas intervenu et, dans cette hypothèse, les Etats doivent être totalement libres de réglementer les activités économiques¹⁷⁸⁵.

De son côté, la Cour de justice ne semble jamais avoir interprété l'inaction du législateur communautaire comme un indice de la conformité des mesures étatiques au traité. De telles mesures demeurent, en effet, soumises aux exigences strictes des dispositions relatives aux libertés de circulation¹⁷⁸⁶.

464. Afin de déterminer si une mesure étatique est conforme à la volonté du législateur supra-étatique, les juridictions s'appuient sur divers indices, parmi lesquels figurent le contexte de la réglementation, son économie et les objectifs du législateur, tels qu'ils ressortent notamment de la genèse du texte et des travaux préparatoires¹⁷⁸⁷.

L'examen des objectifs poursuivis par le législateur supra-étatique a, en particulier, permis aux juridictions de déterminer si les exigences figurant dans les législations supra-étatiques

¹⁷⁸³ V. p. p. 187-191 de l'arrêt. V. également l'opinion séparée du juge WHITE sous l'arrêt *Commonwealth Edison Co.*, 453 U.S., préc., pp. 637-638.

¹⁷⁸⁴ *Specialized Carriers & Rigging Assoc.*, 795 F.2d, préc., 1161.

¹⁷⁸⁵ V. not. les positions du juge THOMAS dans les arrêts relatifs à la *dormant commerce clause*, par ex. *United Haulers Assn*, 550 U.S., préc., pp. 349 et s.

¹⁷⁸⁶ V. par ex. CJCE, *Pétillant de raisin*, aff. 179/85, préc. ; CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-227/06, préc., pt 58.

¹⁷⁸⁷ Aux Etats-Unis, v. par ex. *Parker v. Brown*, 317 U.S., préc., p. 351 ; dans l'UE, v. par ex. CJCE, 16 juin 2005, *Commission c/ France*, aff. C-104/04 (non publié au recueil) ; CJCE, 17 avril 2007, *A.G.M-COS-MET Srl c/ Suomen Valtio, Tarmo Lethinen*, aff. C-470/03, Rec. p. I-2749.

étaient exclusives de toutes autres exigences¹⁷⁸⁸ ou si elles constituaient des exigences minimales que les Etats étaient en droit de compléter¹⁷⁸⁹.

465. Là aussi les juridictions américaines ont choisi d'éviter le conflit en ne déclarant inconstitutionnelles que les mesures étatiques dont les objectifs étaient clairement incompatibles avec ceux poursuivis par le législateur fédéral. Dès lors que la réglementation étatique peut être interprétée comme ne remettant pas en cause les objectifs fédéraux, elle doit être considérée comme parallèlement applicable à la réglementation fédérale¹⁷⁹⁰. Ainsi, dans l'arrêt *Huron Portland Co.*¹⁷⁹¹, des armateurs étaient poursuivis pour n'avoir pas respecté les limites de pollution atmosphériques fixés par la ville de Détroit. Ceux-ci ont notamment fait valoir devant les juridictions qu'ils étaient autorisés à naviguer en vertu de licences fédérales. En conséquence, les mesures municipales violaient, selon eux, la législation fédérale en interdisant ce que celle-ci permettait. La Cour Suprême a relevé que les réglementations poursuivaient des objectifs différents : la réglementation fédérale visait à assurer la sécurité des navires, tandis que la mesure locale visait à protéger l'environnement. Puis elle a constaté que la réglementation municipale n'affectait pas l'objectif fédéral de sécurité des navires. En conséquence, la Cour a écarté la préemption du droit étatique par le droit fédéral¹⁷⁹². Les juridictions ont également exclu la préemption lorsqu'il apparaissait que les réglementations étatiques et fédérales poursuivaient des objectifs analogues¹⁷⁹³.

Aussi, les cas dans lesquels la Cour Suprême a conclu qu'une mesure étatique était préemptée par le droit fédéral en raison d'un conflit d'objectifs sont rares. Elle n'est parvenue à un tel résultat que lorsqu'il apparaissait que la réglementation étatique litigieuse mettait réellement en péril la réalisation des objectifs fédéraux¹⁷⁹⁴. Ainsi, dans l'arrêt *Capital Cities Cable*¹⁷⁹⁵, la

¹⁷⁸⁸ Aux Etats-Unis, v. par ex. *v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218, préc. ; dans l'UE, v. par ex. CJCE, *dim-dip*, aff. 60/86, préc.

¹⁷⁸⁹ Aux Etats-Unis, v. par ex. *Hillsborough County v. Automated Medical Labs.*, 471 U.S. 707 (1985) ; dans l'UE, v. par ex. CJCE, *Toolex*, aff. C-473/98, préc., pts 25-33.

¹⁷⁹⁰ V. not. *Atlantic Richfield Co.*, 435 U.S. 151, préc., arrêt dans lequel un conflit apparaissait *prima facie* entre les réglementations des navires citernes, conflit qui a finalement été écarté par la Cour Suprême. V. à ce propos, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 1186.

¹⁷⁹¹ *Huron Portland Cement Co.*, 362 U.S. 440, préc.

¹⁷⁹² V. également *General Electric Co.*, 496 U.S. 72, préc.

¹⁷⁹³ *Exxon Corp.*, 437 U.S., préc., p. 132 ; *CTS Corp.*, 481 U.S. 69, préc. ; *Pharmaceutical Research*, 538 U.S. 644, préc.

¹⁷⁹⁴ Tel n'est, par exemple, pas le cas d'une taxe du Montana sur le charbon alors que le gouvernement fédéral tend à encourager la production et l'utilisation du charbon (v. *Commonwealth Edison Co.*, 453 U.S. 609, préc.).

¹⁷⁹⁵ *Capital Cities Cable, Inc.*, 467 U.S. 691, préc.

Cour a invalidé une réglementation de l'Oklahoma interdisant la publicité télévisée pour l'alcool, au motif que cette législation affectait les réglementations adoptées par la Commission fédérale des communications visant à assurer la liberté de transmission des émissions. De même, dans l'arrêt *Xerox Corp.*¹⁷⁹⁶, la Cour a jugé qu'une réglementation fiscale du Texas appliquée à des marchandises en transit remettait en cause l'objectif du *Warehousing Act*¹⁷⁹⁷ visant à stimuler le commerce extérieur, en permettant aux marchandises en transit d'être stockées sans qu'elles soient soumises à une taxe quelconque.

466. Dans l'Union européenne, la Cour de justice juge contraire au droit dérivé les mesures étatiques susceptibles d'affecter la portée des actes adoptés par les institutions communautaires¹⁷⁹⁸. En conséquence, elle s'appuie non seulement sur les termes mais également sur l'économie et les objectifs des textes communautaires pour déterminer si ces derniers préemptent les droits nationaux. Par exemple, la directive 75/439/CEE concernant l'élimination des huiles usagées¹⁷⁹⁹ permet aux Etats de concéder à une entreprise un droit exclusif pour effectuer la collecte ou l'élimination des huiles usagées dans la zone qui leur est attribuée. Lors de la transposition de la directive, la France avait prévu dans sa législation un système d'agrément des ramasseurs et des éliminateurs, imposant aux ramasseurs de livrer l'huile à des éliminateurs agréés et obligeant les éliminateurs à traiter les huiles dans leurs propres installations. Aussi, toute revente aux éliminateurs d'autres Etats membres était-elle exclue. A l'occasion d'un litige, la Cour a été saisie d'une question préjudicielle visant à déterminer la conformité de cette loi à la directive et à l'article 35 TFUE¹⁸⁰⁰. La directive n'autorisant ni n'interdisant explicitement le système français, la Cour s'est fondée sur les objectifs poursuivis par celle-ci pour répondre à la question. Constatant qu'un des considérants prévoyait « *un système efficace et cohérent de traitement de ces huiles, qui n'entrave pas les échanges intracommunautaire* », la Cour a conclu que l'octroi de droits exclusifs par un Etat « *ne saurait avoir pour conséquence nécessaire d'autoriser le*

¹⁷⁹⁶ *Xerox Corp.*, 459 U.S. 145, préc.

¹⁷⁹⁷ 7 U.S.C. §241 et seq.

¹⁷⁹⁸ V. en ce sens K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du Traité de l'Union Européenne », *CDE*, n° 1-2, 1994, p. 3, *spéc.* p. 20.

¹⁷⁹⁹ Directive 75/439/CEE du Conseil, du 16 juin 1975, concernant l'élimination des huiles usagées (JO L 194, p. 23), abrogée par la directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative aux déchets et abrogeant certaines directives (JO L 312, p. 3).

¹⁸⁰⁰ CJCE, *Fabricants raffineurs d'huile de graissage c/ Inter-Huiles*, aff. 172/82, préc. V. également CJCE, *Rhône-Alpes Huiles*, aff. 295/82, préc. ; CJCE, *Commission c/ France*, aff. 173/83, préc. ; CJCE, *Vanacker et Lesage*, aff. C-37/92, préc.

gouvernement des Etats membres à établir des barrières aux exportations », un tel cloisonnement étant « *contraire aux objectifs définis dans [la directive]* »¹⁸⁰¹. Peut également être citée la directive 98/5/CE relative à la liberté d'établissement des avocats¹⁸⁰² dont la finalité était de mettre fin à la disparité des règles nationales concernant les conditions d'inscription des avocats auprès d'autorités d'un Etat membre autre que celui d'obtention de leurs titres. Se fondant sur cet objectif ainsi que sur les travaux préparatoires, la Cour de justice a jugé que la directive avait harmonisé de manière exhaustive les conditions d'inscription¹⁸⁰³. En conséquence, le Luxembourg n'était pas en droit d'ajouter des exigences supplémentaires.

De manière générale, la Cour de justice retient une interprétation des actes communautaires conforme au droit primaire. En conséquence, elle interprète le droit dérivé dans un sens favorable à l'intégration et conclut à la préemption du droit national par le droit dérivé lorsque cette conclusion sert les objectifs de l'Union¹⁸⁰⁴.

§2. Une question préalable déterminante

467. La reconnaissance ou l'exclusion de la préemption, préalable à un éventuel examen au regard des exigences « constitutionnelles », est fondamentale puisqu'elle détermine la marge de manœuvre dont disposent les Etats et leur faculté de recourir aux justifications textuelles ou jurisprudentielles.

468. Deux exemples permettront de saisir l'importance de cette question et le rôle majeur accordé au juge en la matière puisque la résolution du problème repose entièrement sur son interprétation des textes.

¹⁸⁰¹ Pt 11 de l'arrêt.

¹⁸⁰² Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise (JO L 77, p. 36). Cette directive fait l'objet de développement dans la première partie de la thèse (v. chapitre 1, section 2, §3, B, 1, B).

¹⁸⁰³ CJCE, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-193/05, préc., pts 34-38.

¹⁸⁰⁴ V. par ex. CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03, *Rec.* p. I-9777, pts 25-30. En l'espèce, la Cour a jugé que la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1) ne s'opposait pas, au cas d'espèce, à l'application des articles 43 et 49 CE (49 et 56 TFUE) dans la mesure où elle visait des objectifs analogues à ceux du traité. La Cour évite donc de conclure à la préemption lorsqu'il apparaît que celle-ci ne serait pas la solution la plus favorable à l'intégration.

469. Le législateur fédéral américain et le législateur communautaire ont tous deux adopté une réglementation des dispositifs d'éclairage devant être installés sur les véhicules à moteur. Que ce soit aux Etats-Unis ou dans l'Union, la portée de ces réglementations a fait l'objet de contentieux visant à déterminer si les Etats étaient en droit d'imposer aux propriétaires de véhicules des normes différentes ou plus strictes. L'enjeu économique de ces questions était important dans la mesure où l'absence de préemption devait logiquement conduire les propriétaires de véhicules à adapter leurs dispositifs d'éclairage selon l'Etat de circulation. Dans l'Union européenne, la Cour de justice a jugé que la directive 70/156/CEE¹⁸⁰⁵ avait harmonisé de manière exhaustive les dispositifs d'éclairage devant être installés sur les véhicules à moteur¹⁸⁰⁶. Rejetant l'interprétation stricte des termes de la directive suggérée par le Royaume-Uni, elle s'est appuyée sur une interprétation téléologique de celle-ci pour parvenir à une telle conclusion. Elle a, en effet, constaté que l'objectif de la directive était « *de réduire, voire d'éliminer les obstacles aux échanges à l'intérieur de la Communauté* » et que cet objectif s'était « *traduit, dans le contexte de la directive, par l'obligation imposée aux Etats membres, d'adopter les mêmes prescriptions [...]* »¹⁸⁰⁷. En conséquence, le Royaume-Uni n'était pas en droit d'interdire la circulation sur ses routes de véhicules non munis d'un dispositif d'éclairage « dim-dip » dans la mesure où ce dispositif n'était pas prévu par la directive.

Par contraste, aux Etats-Unis, la Cour d'appel du 4^{ème} circuit, après avoir rappelé que la sécurité routière relevait des pouvoirs de police des Etats et que, en conséquence, la préemption ne pouvait être présumée, a retenu une interprétation étroite du *Motor Carrier Safety Act* et conclu que cette loi fédérale laissait une certaine marge de manœuvre aux Etats. Dans la mesure où la réglementation litigieuse renforçait la sécurité routière et ne portait ainsi pas atteinte aux objectifs de la loi fédérale, toute préemption devait, selon la juridiction, être exclue. L'Etat de Virginie était en conséquence en droit d'imposer à certains véhicules une

¹⁸⁰⁵ Directive 76/756 du Conseil, du 27 juillet 1976, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'installation des dispositifs d'éclairage et de signalisation lumineuse des véhicules à moteur et de leurs remorques (JO L 262, p. 1).

¹⁸⁰⁶ CJCE, *dim-dip*, aff. 60/86, préc.

¹⁸⁰⁷ Pt 11 de l'arrêt.

modification de leurs équipements pour pouvoir circuler sur ses routes¹⁸⁰⁸.

470. Un deuxième exemple de l'enjeu présenté par la préemption nous est fourni par la législation en matière de déchets¹⁸⁰⁹. Le traitement des déchets, dont la circulation, corollaire logique de l'ouverture des frontières, est susceptible de poser des problèmes environnementaux, a fait l'objet de réglementations au niveau de chaque Union. La protection de l'environnement et, dans ce cadre, la gestion des déchets, demeurent néanmoins dans le giron de la compétence étatique et sub-étatique. S'est donc posée la question de la faculté des Etats et de leurs collectivités d'encadrer le transport de déchets et notamment les exportations de ceux-ci. Dans deux affaires, l'affaire *Daimler Chrysler*¹⁸¹⁰ en Europe et l'affaire *C&A Carbone*¹⁸¹¹ aux Etats-Unis, les juridictions suprêmes de chaque Union étaient saisies de litiges similaires opposant des entreprises qui souhaitaient, pour des raisons financières, exporter leurs déchets et les autorités publiques qui imposaient à ces entreprises de déposer les déchets auprès d'un centre agréé. Les deux juridictions sont parvenues à des solutions opposées, la CJUE ayant donné raison aux autorités allemandes, tandis que la Cour Suprême faisait droit à la demande des entreprises. Or, il apparaît nettement que cette différence d'analyse s'est jouée autour de la préemption des droits étatiques par le droit supra-étatique.

Dans l'affaire *Daimler Chrysler*, l'entreprise faisait valoir que le décret allemand qui lui imposait de proposer ses déchets aux responsables de certains centres de traitement ou à l'agence pour les déchets constituait une restriction aux exportations contraire à l'article 35 TFUE. La juridiction saisie a, toutefois, constaté que le règlement CE n° 259/93 relatif la surveillance et au contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne¹⁸¹² prévoyait que « *les Etats membres [pouvaient] prendre, conformément au traité, des mesures d'interdiction générale ou partielle ou d'objection systématique concernant les transferts de déchets* ». Elle a donc interrogé la Cour de justice sur le caractère exhaustif de ce règlement afin de déterminer si le décret devait être apprécié uniquement au

¹⁸⁰⁸ *Specialized Carriers & Rigging Assoc.*, 795 F.2d 1152, préc. La Cour s'est également prononcée dans cette affaire sur une violation de la *commerce clause* : appliquant le test de la base rationnelle, particulièrement favorable à la compétence étatique, elle a jugé que l'Etat de Virginie n'avait pas violé la Constitution (v. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, §2, A, 2, *supra*).

¹⁸⁰⁹ La question de la protection de l'environnement en tant que justification aux entraves aux libertés de circulation est développée dans le titre 2, chapitre 2, section 2, §1, B de la présente partie, *infra*.

¹⁸¹⁰ CJCE, *Daimler Chrysler*, aff. C-324/99, préc.

¹⁸¹¹ *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S. 383, préc.

¹⁸¹² Règlement CEE n° 259/93 du Conseil, du 1^{er} février 1993, concernant la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne (JO L 30, p. 1).

regard de ce texte ou s'il devait être examiné au regard de l'article 35 TFUE. Après avoir examiné la genèse, le contenu du règlement ainsi que sa jurisprudence antérieure concernant ce texte, la Cour a jugé que celui-ci « *règlement[ait] de manière harmonisée au niveau communautaire la question des transferts de déchets* »¹⁸¹³ et que, en conséquence, « *toute mesure nationale relative aux transferts de déchets [devait] être appréciée au regard des dispositions de ce règlement et non pas de celles des articles [34, 35 et 36] du traité* »¹⁸¹⁴. Le règlement autorisant, en vertu du principe de proximité prévu par le traité¹⁸¹⁵, les Etats membres à restreindre les transferts de déchets, la Cour a constaté qu'une réglementation telle que le décret allemand était conforme au droit communautaire sans rechercher si celle-ci respectait par ailleurs les exigences de l'article 35 TFUE. On constate donc que, en raison de la préemption du droit étatique par le droit communautaire dérivé, le principe même d'une restriction à la circulation, peu contestable en l'espèce, n'a pas été discuté. Il est notamment remarquable que la Cour ait estimé que l'obligation prévue par le décret allemand était « *justifiée par la nécessité de garantir un niveau d'activité indispensable à la viabilité de ces installations de traitement et, par conséquent, permet[tait] de préserver l'existence de capacités de traitement [...]* »¹⁸¹⁶, alors que, en principe, la rentabilité financière d'une entreprise ne constitue pas, au regard du traité, une justification valable¹⁸¹⁷.

Aux Etats-Unis, en revanche, le Congrès a décidé de laisser le soin aux Etats et collectivités locales de réglementer la collecte et le dépôt des déchets¹⁸¹⁸. En conséquence, les litiges portant sur des mesures étatiques ou locales restreignant les transferts de déchets ont été appréciés uniquement au regard de la Constitution et plus précisément de la *dormant commerce clause*¹⁸¹⁹. Dans l'arrêt *C&A Carbone*, la Cour Suprême a considéré que le monopole, attribué par la ville de Clarkstown à une société privée pour le traitement des déchets produits dans la localité et l'obligation subséquente pour toute entreprise locale de

¹⁸¹³ Pt 42 de l'arrêt.

¹⁸¹⁴ Pt 43 de l'arrêt. V. également pts 44-46.

¹⁸¹⁵ V. article 191, §2 TFUE.

¹⁸¹⁶ Pt 62 de l'arrêt.

¹⁸¹⁷ V. par ex. CJCE, *Fabricants raffineurs d'huile de graissage c/ Inter-Huiles*, aff. 172/82, préc., pt 13.

¹⁸¹⁸ V. not. le *Resource Conservation and Recovery Act* de 1976 (42 U.S.C. §6901(a)(4)) qui établit la compétence de principe des Etats et collectivités locales en la matière.

¹⁸¹⁹ Outre l'arrêt *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S. 383, préc., v. à ce propos : *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, préc. ; *Chemical Waste Management, Inc.*, 504 U.S. 334, préc. ; *Fort Gratiot Sanitary Landfill, Inc. v. Michigan Dep't of Natural Resources*, 504 U.S. 353 (1992).

livrer ses déchets à cette société, privait les entreprises de traitement de déchets d'autres Etats de l'accès au marché local. Jugeant une telle mesure discriminatoire et contraire au principe de la liberté du commerce interétatique, elle a conclu à une violation de la clause de commerce. Cette jurisprudence a depuis été partiellement renversée¹⁸²⁰. Elle montre, néanmoins, que les juridictions peuvent, à partir de faits similaires, parvenir à des conclusions inverses en raison de l'intervention du législateur supra-étatique. Elle fournit également un des rares exemples dans lequel la Cour Suprême s'est montrée, à l'égard des Etats, plus sévère que la Cour de justice, cette dernière acceptant, en vertu du principe de proximité et du droit communautaire dérivé, une entorse importante aux principes qu'elle a développés en matière de libertés de circulation¹⁸²¹.

471. Dans la mesure où un nombre croissant de domaines sont soumis à des législations fédérales ou communautaires, la dichotomie « entrave / justification » tend à devenir secondaire dans la jurisprudence. De plus en plus les juridictions n'examinent les mesures étatiques qu'au regard des législations supra-étatiques. Les exemples envisagés précédemment indiquent que la préemption réduit en principe l'autonomie des Etats puisque, si les textes peuvent consacrer une certaine marge de manœuvre, les Etats ne peuvent plus recourir aux exceptions « constitutionnelles ». Toutefois, comme l'ont montré certains arrêts, la préemption peut s'avérer favorable aux Etats : le législateur supra-étatique peut, en effet, autoriser des mesures qui, en l'absence de son intervention, serait jugée contraire à la « Constitution » par le juge.

¹⁸²⁰ Sur le fondement de la *market participant doctrine*, v. *United Haulers Assn*, 550 U.S. 330, préc. et, à propos de cette doctrine, titre 2, chapitre 1, section 1, §2, *infra*.

¹⁸²¹ V. également CJCE, *déchets wallons*, aff. C-2/90, préc.

Chapitre 2 – L'autorisation des entraves par le

législateur supra-étatique : des jurisprudences

opposées

472. S'il revient en principe aux autorités étatiques et, le cas échéant, aux juridictions d'opérer une balance entre les intérêts des Etats à exercer leurs pouvoirs de police et l'intérêt de l'Union à la libre circulation et à l'établissement d'un marché intérieur, cette compétence est partagée avec les autorités politiques supra-étatiques qui peuvent opérer leur propre appréciation des intérêts en présence et autoriser une réglementation qui serait sinon, en cas de litiges, condamnée par les juridictions.

473. Cette faculté rencontre peu de limites aux Etats-Unis, où, en l'absence d'une subordination des autorités fédérales à la poursuite de quelconques objectifs d'intégration, le Congrès dispose d'un très large pouvoir discrétionnaire (§1). En Europe, en revanche, le caractère fonctionnel de l'Union implique une certaine orientation de l'action des institutions. Si le juge accorde une marge d'appréciation conséquente au législateur communautaire, il veille néanmoins à ce que soient respectés les objectifs de la construction communautaire, en particulier l'objectif d'intégration des marchés. Dès lors, si les autorités politiques peuvent procéder à leur propre appréciation du conflit entre les exigences de l'intégration économique et la protection d'un certain nombre d'intérêts non économiques, leur action est encadrée par le juge communautaire (§2).

Section 1 – Une faculté d'autorisation quasi-illimitée du Congrès

474. Certaines dispositions de la Constitution américaine, ayant pour destinataires les Etats, sont assorties de réserves permettant au Congrès d'autoriser les comportements qu'elles prohibent. Tel est le cas par exemple de l'interdiction des droits de douane ou des droits de

tonnage¹⁸²². De même, si les Etats ont perdu toute compétence en matière de défense et de relations internationales, ils peuvent néanmoins exercer une action en ce domaine s'ils y sont autorisés par le Congrès¹⁸²³.

475. La Constitution américaine ne contient, en revanche, aucune disposition permettant au Congrès d'autoriser des entraves au commerce interétatique puisqu'elle n'interdit pas explicitement les entraves mais attribue seulement une compétence au pouvoir législatif fédéral pour réglementer le commerce interétatique.

476. Dans ce contexte, les questions se sont posées de savoir si le Congrès était limité dans l'exercice de sa compétence et s'il pouvait notamment autoriser les Etats à adopter des réglementations empiétant sur sa propre compétence. A la première question, la Cour Suprême a répondu que le Congrès était totalement maître de sa compétence (§1). Une telle conception implique logiquement une réponse positive à la seconde question, même si la Cour a pu hésiter sur ce point : le Congrès peut autoriser les Etats à réglementer le commerce interétatique et, dans ce cadre, à l'entraver (§2).

§1. Neutralité de la compétence fédérale pour réglementer le commerce interétatique

477. Contrairement au TFUE, la Constitution américaine ne renferme aucune interdiction d'entraver la circulation des biens, services et personnes. Toutefois elle attribue une compétence au Congrès pour réglementer le commerce interétatique. En conséquence, la Cour Suprême a jugé que les Etats n'étaient pas compétents pour adopter des réglementations affectant le commerce interétatique¹⁸²⁴. L'interdiction des entraves est donc, comme nous l'avons signalé à plusieurs reprises, avant tout la conséquence de la répartition des compétences entre les deux niveaux de l'Union, même si certains arrêts ont suggéré qu'elle résultait également d'une volonté de libéraliser le commerce interétatique¹⁸²⁵. Dans cette

¹⁸²² Article I, §10, cl. 2-3. V. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, Section 1, §1, *supra*.

¹⁸²³ Article I, §10, cl. 3.

¹⁸²⁴ V. la 1^{ère} partie de la thèse, *supra*.

¹⁸²⁵ V. par ex. *Dilworth Co.*, 322 U.S., préc., p. 330 : « l'objectif de la clause de commerce était de créer un espace de libre échange entre les Etats ». V. également *H.P. Hood and Sons*, 336 U.S., préc., p. 539.

perspective, cette interdiction n'a pas, contrairement au droit communautaire, été principalement conçue comme un instrument permettant d'atteindre un objectif tel que la création d'un marché intérieur.

478. Cette différence explique en grande partie, selon nous, une divergence importante entre la jurisprudence américaine et la jurisprudence communautaire : tandis que le législateur communautaire a pour mission de promouvoir le marché intérieur et ne peut donc, en principe, adopter de réglementations entravant les libertés de circulation¹⁸²⁶, le législateur fédéral américain n'est pas soumis à la réalisation d'un quelconque objectif. En conséquence, sa compétence est juridiquement « neutre », ce qui n'est pas le cas de la compétence des institutions communautaires. Il en résulte que le Congrès peut exercer sa compétence aussi bien de manière à ouvrir les marchés que de manière à les fermer¹⁸²⁷. Le principe d'interdiction du protectionnisme n'est donc opposable qu'aux Etats fédérés et non à la fédération¹⁸²⁸.

479. Ce principe apparaît implicitement dès l'arrêt *Gibbons v. Ogden* de 1824 dans lequel le juge MARSHALL indiquait que « [le] pouvoir [du Congrès] [...] est complet en lui-même, peut être exercé dans toute son étendue et ne connaît d'autres limitations que celles prescrites par la Constitution [...] »¹⁸²⁹. Aussi, la Cour Suprême a toujours considéré que le Congrès pouvait « *exclude, soit partiellement soit entièrement* [du commerce] *tout sujet relevant de la sphère commerciale* »¹⁸³⁰. Pour reprendre les termes du juge SCALIA dans l'affaire *Gonzales v. Raich* de 2005, la Constitution « *permet au Congrès non seulement d'établir des règles dans le domaine du commerce entre les Etats mais également de faciliter le commerce interétatique en éliminant les obstructions potentielles [ou] de le restreindre en éliminant les stimulants potentiels* »¹⁸³¹. Quelle que soit l'option retenue par le Congrès – l'ouverture ou la fermeture des marchés –, aucun contrôle au regard de la *dormant commerce clause* n'est exercé par les juridictions, le principe d'interdiction des entraves au commerce interétatique n'ayant pour destinataire que les Etats fédérés. Ce principe a été fermement établi par la Cour

¹⁸²⁶ V. section 2 du présent chapitre, *infra*.

¹⁸²⁷ E. STEIN and T. SANDALOW, "On the two systems...", *op. cit.*, pp. 30 et s.

¹⁸²⁸ V. R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", *préc.*, p. 73.

¹⁸²⁹ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S., *préc.*, p. 196.

¹⁸³⁰ *United States v. Marigold*, 50 U.S. (9 How.) 560, 566-567 (1850). V. également *Champion v. Ames*, 188 U.S. 321 (1903) ; *Prudential Insurance Co. v. Benjamin*, 328 U.S. 408, 434 (1946).

¹⁸³¹ *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1, 35 (2005).

Suprême qui a itérativement rappelé que « *la clause de commerce* [était] *l'attribution d'une autorité pleine et suprême* » au Congrès pour réglementer le commerce interétatique et non une limitation de cette compétence¹⁸³².

480. Dans cette perspective, il apparaît logique que le Congrès puisse autoriser les Etats à adopter des réglementations qui seraient autrement interdites par la clause de commerce¹⁸³³, même si cette faculté a pu être discutée.

§2. Pouvoir du Congrès de faire échec à la dormant commerce clause

481. Théoriquement, la capacité du Congrès à faire échec à la *dormant commerce clause* est discutable¹⁸³⁴. La Cour l'a pourtant fermement établie (A) tout en encadrant, de manière très relative, ce pouvoir (B).

A. Une compétence discutable mais fermement établie

482. La neutralité de la compétence du Congrès ne suffit pas nécessairement à justifier que celui-ci autorise les Etats à violer la *dormant commerce clause*. En effet, une telle autorisation peut être considérée comme la délégation par le Congrès de sa compétence aux Etats. Or, pour certains, une telle délégation violerait la Constitution en ce qu'elle modifierait la répartition des compétences que celle-ci a établie. Autrement dit, les rédacteurs de la Constitution aurait attribué une compétence exclusive au Congrès, principe auquel celui-ci ne saurait déroger. En conséquence, seul le Congrès pourrait restreindre le commerce interétatique ; il ne pourrait, en revanche, autoriser les Etats à le faire.

¹⁸³² *Prudential Ins. Co.*, 328 U.S., préc., p. 423: « *la clause de commerce n'est pas une limitation au pouvoir du Congrès sur le commerce interétatique et extérieur, mais l'attribution d'une autorité pleine et suprême sur ces sujets* ». Sur cet arrêt, v. §2, A de la présente section, *infra*.

¹⁸³³ V. not. *Pennsylvania v. Wheeling & Belmont Bridge Co.*, 59 U.S. (18 How.) 421 (1856). Dans cet arrêt, la Cour Suprême a déclaré conforme à la Constitution une législation fédérale autorisant le maintien d'un pont dans l'Etat de Virginie, alors que ce pont, en raison de sa hauteur – qui empêchait le passage de certains navires – avait été, en 1852, considéré comme contraire à la *dormant commerce clause* (v. *Pennsylvania v. Wheeling & Belmont Bridge Co.*, 54 U.S. (13 How.) 518 (1852)).

¹⁸³⁴ V. en particulier les arguments développés par le professeur WILLIAMS dans son article de référence sur ce sujet : “Why Congress May Not “Overrule”...”, préc., p. 153.

483. Cette conception a conduit le juge MARSHALL à affirmer dans l'arrêt *Gibbons v. Ogden* de 1824¹⁸³⁵ que le Congrès ne pouvait permettre aux Etats de légiférer dans un domaine relatif au commerce interétatique mais qu'il pouvait seulement faire sienne une loi adoptée par un Etat, à condition que celle-ci soit conforme à la Constitution¹⁸³⁶.

Elle n'a toutefois pas persisté dans la jurisprudence de la Cour Suprême. Deux approches se sont succédées pour appuyer l'idée que le Congrès était en droit de déléguer sa compétence et donc d'autoriser les Etats à entraver le commerce interétatique. La Cour s'est d'abord fondée, au 19^{ème} siècle, sur la théorie de la préemption par silence, qui a également servi de support à l'interdiction faite aux Etats de réglementer le commerce interétatique¹⁸³⁷. Aux termes de cette théorie, l'absence d'action du Congrès dans un domaine relevant de sa compétence au titre de la clause de commerce signifiait que celui-ci avait entendu laisser ce domaine non réglementé¹⁸³⁸. Aussi, toute législation étatique dans un domaine dans lequel le Congrès ne s'était pas exprimé était implicitement interdite. Inversement, le Congrès pouvait, par son action, autoriser les Etats à légiférer. Résultant de la volonté du législateur, la théorie de la préemption par silence impliquait donc que la *dormant commerce clause* ne constituait pas une limitation constitutionnelle à la compétence des Etats mais une limitation législative¹⁸³⁹. Cette théorie a été beaucoup critiquée¹⁸⁴⁰, notamment en ce que la Cour attribuait par ce biais une signification univoque au silence du Congrès alors que les raisons de ce silence pouvaient être diverses : renonciation à toute action dans le domaine considéré, absence d'accord politique au sein des assemblées, etc.¹⁸⁴¹. Aussi a-t-elle été progressivement abandonnée par la Cour Suprême, qui a cessé de considérer que le silence du Congrès interdisait, en soi, aux

¹⁸³⁵ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S., préc., p. 207.

¹⁸³⁶ Dans le même sens, v. *Cooley*, 53 U.S., préc., p. 318. Pour de plus amples développements sur cette approche, v. N. R. WILLIAMS, "Why Congress May Not 'Overrule'...", préc., pp. 177-178.

¹⁸³⁷ Sur cette théorie, v. not. K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, op. cit., pp. 157 et s.

¹⁸³⁸ *V. Welton*, 91 U.S., préc., p. 282 ; *Leisy v. Hardin*, 135 U.S., préc., pp. 109-110 ; *In re Rahrer*, 140 U.S. 545, 555 (1891) ; *West v. Kansas Natural Gas Co.*, 221 U.S., préc., p. 261.

¹⁸³⁹ K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, op. cit., p. 161 ; N. R. WILLIAMS, "Why Congress May Not 'Overrule'...", préc., p. 178.

¹⁸⁴⁰ V. en premier lieu l'opinion dissidente des juges BRANDEIS et HOLMES dans l'arrêt *DiSanto v. Pennsylvania*, 273 U.S. 34, 37 (1927). V. également l'opinion du juge SCALIA sous l'arrêt *Tyler Pipe Indus., Inc.*, 483 U.S., préc., p. 262. Concernant la doctrine, v. not. R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., p. 58 : « cet argument confine à l'absurde » ; F. MAUPAIN, *L'intégration économique et l'intégration juridique...*, op. cit., p. 55.

¹⁸⁴¹ N. R. WILLIAMS, "Why Congress May Not 'Overrule'...", préc., p. 183.

Etats d’agir¹⁸⁴².

Cet abandon de la théorie de la préemption par silence n’a toutefois pas conduit à un revirement de jurisprudence concernant le pouvoir du Congrès d’autoriser les entraves au commerce interétatique. Au contraire, la Cour a, dans l’arrêt *Prudential Insurance Co. v. Benjamin* de 1946¹⁸⁴³, réaffirmé avec force que la clause de commerce attribuait une compétence au Congrès et que cette disposition constitutionnelle ne pouvait, cumulativement, limiter cette compétence¹⁸⁴⁴. La Cour en a déduit que l’existence d’une réglementation fédérale reconnaissant expressément la compétence étatique dans un domaine donné empêchait les juridictions d’examiner les mesures étatiques adoptées dans ce domaine à l’aune de la *dormant commerce clause*¹⁸⁴⁵. Il en résulte que « *le Congrès, s’il en décide ainsi peut exercer [son] pouvoir [...] en permettant aux Etats de restreindre le commerce interétatique d’une manière qui ne serait pas autrement autorisée [par la dormant commerce clause]* »¹⁸⁴⁶.

484. Les conséquences juridiques de cette règle sont potentiellement importantes puisqu’elle a pour effet d’immuniser des pans entiers de l’action des Etats de poursuites sur le fondement de la clause de commerce. Par exemple, dans l’arrêt *Prudential Insurance Co.*, la Cour a conclu qu’une taxe sur les compagnies d’assurance directement discriminatoire— seules les compagnies non établies en Caroline du Sud étaient redevables de la taxe — n’était pas contraire à la clause de commerce. En effet, le *McCarran Act* de 1945 reconnaissait expressément la compétence des Etats pour réglementer le secteur des assurances¹⁸⁴⁷. Dans l’arrêt *MCCE*, la Cour a jugé que le législateur fédéral avait autorisé les Etats à réserver certains emplois aux résidents étatiques dans les marchés publics subventionnés par des fonds fédéraux¹⁸⁴⁸.

¹⁸⁴² V. par ex. *Santa Fe Elevator Corp*, 331 U.S. 218, préc. ; *Rath Packing*, 430 U.S. 519, préc. ; *Automated Medical Labs.*, 471 U.S., préc., pp. 715-716. Dans ces arrêts, la Cour a itérativement jugé que la préemption ne se présuait pas. En conséquence, une mesure étatique ne pouvait être préemptée qu’à la condition que le Congrès ait clairement manifesté son intention en ce sens.

¹⁸⁴³ *Prudential Ins. Co.*, 328 U.S. 408, préc.

¹⁸⁴⁴ Pp. 423 et s. de l’arrêt.

¹⁸⁴⁵ Pp. 427 et s. de l’arrêt.

¹⁸⁴⁶ V. par ex. *BT Inv. Managers, Inc.*, 447 U.S., préc., p. 45.

¹⁸⁴⁷ 15 U.S.C. § 1011 et seq.

¹⁸⁴⁸ *MCCE*, 460 U.S., préc. p. 213. L’argument était, en l’espèce, surabondant, la Cour ayant préalablement considéré que la *dormant commerce clause* n’était pas applicable. V. *infra* les développements sur la *market participant doctrine* (titre 2, chapitre 1, section 1, §2 de la présente partie).

485. Il résulte donc de la jurisprudence que des politiques protectionnistes sont admises sur le sol américain dès lors que le Congrès les a autorisées. Dans la perspective de création d'un marché intérieur, une telle tolérance apparaît paradoxale. Elle montre, à notre sens, que la création d'un tel marché, non inscrite dans la Constitution, ne constitue pas une préoccupation dominante de la Cour Suprême. Elle montre également qu'un marché intérieur peut, à certains égards, se construire nonobstant le droit. Autrement dit, l'intégration économique des marchés peut se réaliser même en présence de règles de droit défavorables à l'intégration juridique. La reconnaissance d'une compétence étatique pour réglementer le secteur des assurances, compétence pouvant être exercée de manière protectionniste¹⁸⁴⁹, n'a ainsi pas empêché le développement d'un marché national des assurances aux Etats-Unis¹⁸⁵⁰.

486. Cette compétence du Congrès n'est cependant pas totalement illimitée, la Cour Suprême exerçant un certain contrôle.

B. Une compétence peu limitée

487. Les limites à un tel pouvoir, si elles existent, sont peu nombreuses.

Tout d'abord, le Congrès ne peut, en vertu de la Constitution, délibérément défavoriser un ou plusieurs Etats¹⁸⁵¹. Si des distinctions raisonnables entre les Etats sont admises¹⁸⁵², les désavantages manifestes sont en revanche sanctionnés¹⁸⁵³. Cette exigence semble devoir être également respectée lorsque le Congrès délègue sa compétence. Autrement dit, il ne peut, sans justification solide, avantager un Etat en lui attribuant le droit d'entraver le commerce interétatique et en refusant un tel droit aux autres Etats.

Ensuite, l'autorisation doit être incontestable. Un Etat ne saurait se prévaloir d'une autorisation implicite pour maintenir ou introduire une réglementation contraire à la clause de commerce. La Cour a, en effet, estimé qu'elle ne présumerait pas une intention du Congrès

¹⁸⁴⁹ Cette faculté est toutefois limitée par d'autres dispositions constitutionnelles. V. *infra*, B. du présent §.

¹⁸⁵⁰ V. à ce propos l'étude réalisée par la Commission sur le marché de l'assurance des non-professionnels (MARKT/2008/18/H, 26 novembre 2009), pt 5.53 et s. La Commission compare le marché de l'assurance de chaque Etat de l'Union avec les Etats-Unis et 6 Etats fédérés des Etats-Unis. Elle observe, notamment, une certaine uniformisation des législations étatiques aux Etats-Unis. Le marché des assurances demeure, toutefois, peu concentré en raison, notamment, de la décentralisation du droit.

¹⁸⁵¹ V. R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., pp. 73-74 et p. 116.

¹⁸⁵² V. par ex. *United States v. Ptasynski*, 462 U.S. 74 (1983).

¹⁸⁵³ V. par ex. *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559 (1911).

« d'autoriser les réglementations étatiques restrictives ou discriminatoires à l'égard du commerce interétatique à moins que cette intention ait été clairement exprimée »¹⁸⁵⁴. Aussi, l'absence d'action de la part du Congrès n'équivaut pas à une autorisation d'entrave, même si cette inaction peut conduire à un contrôle de proportionnalité assoupli¹⁸⁵⁵. La préemption ne peut donc être qu'explicite en la matière¹⁸⁵⁶. En outre, les juridictions interprètent strictement le droit fédéral de telle sorte que les cas d'autorisation d'entraves sont étroitement circonscrits¹⁸⁵⁷. C'est ainsi que dans un arrêt de 2003, la Cour Suprême a estimé que le *Federal Agriculture Improvement Act* de 1996, qui maintenait la compétence de la Californie concernant la composition et l'étiquetage des produits laitiers, ne pouvait être interprété comme autorisant cet Etat à déroger à la clause de commerce en matière de prix du lait¹⁸⁵⁸.

Enfin, seules des mesures contraires à la clause de commerce peuvent être approuvées par le Congrès, celui-ci ne pouvant autoriser la violation d'autres dispositions de la Constitution, telles que le 14^{ème} amendement¹⁸⁵⁹. La raison en est que la clause de commerce n'établit qu'une interdiction implicite à l'égard des Etats, tandis que les autres interdictions figurent explicitement dans la Constitution et ne sauraient donc, en vertu du principe de primauté, être contournées par une réglementation fédérale¹⁸⁶⁰. En outre, le §5 du 14^{ème} amendement, qui attribue au Congrès « le pouvoir de donner effet aux dispositions du présent article », constitue une disposition fonctionnelle qui autorise seulement le législateur fédéral à protéger les droits garantis par le 14^{ème} amendement et à les étendre, mais ne l'autorise pas à « restreindre, abroger ou diluer ces garanties »¹⁸⁶¹. Un Etat ne peut donc violer la *Privileges and Immunities clause* ou l'*Equal Protection clause* du 14^{ème} amendement, qui interdisent les

¹⁸⁵⁴ *Hillside Dairy, Inc.*, 539 U.S., préc., p. 66. V. également *South-Central Timber Development, Inc.*, 467 U.S. 82, préc. ; *Tri-M Group LLC v. Sharp*, 638 F.3d 406, 430 (3rd Cir. 2011).

¹⁸⁵⁵ V. *supra*, chapitre 1, section 2, du présent titre.

¹⁸⁵⁶ V. *supra*, chapitre 1 du présent titre.

¹⁸⁵⁷ V. par ex. *BT Inv. Managers, Inc.*, 447 U.S. 27, préc.

¹⁸⁵⁸ *Hillside Dairy, Inc.*, 539 U.S. 59, préc.

¹⁸⁵⁹ V. à ce propos W. COHEN, "Congressional Power to Validate Unconstitutional State Laws...", préc., pp. 390 et s. ; N. R. WILLIAMS, "Why Congress May Not 'Overrule'...", préc., pp. 167 et s.

¹⁸⁶⁰ Cette justification est rejetée par certains, qui estiment que toute interdiction constitutionnelle ayant pour seuls destinataires les Etats devrait pouvoir être contournée par une réglementation fédérale (v. par ex. W. COHEN, "Congressional Power to Validate Unconstitutional State Laws...", préc., pp. 400 et s., p. 406 : « il devrait être indifférent que la restriction constitutionnelle du pouvoir des Etats soit expresse ou inférée de l'existence du pouvoir fédéral »). Tel serait le cas, par exemple, du 14^{ème} amendement.

¹⁸⁶¹ *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641, 651 n.10 (1966).

discriminations, au motif que le Congrès aurait autorisé les Etats à agir¹⁸⁶². C'est ainsi que la Cour Suprême a déclaré inconstitutionnelles des taxes discriminatoires dans le secteur des assurances¹⁸⁶³, limitant de la sorte la portée de la jurisprudence *Prudential Insurance Co.*¹⁸⁶⁴. Il en résulte que si le contrôle de constitutionnalité d'une mesure est écarté au regard de la clause de commerce en raison d'une autorisation explicite par un acte du Congrès, ce contrôle demeure intact, nonobstant toute action du législateur fédéral, en ce qui concerne les autres dispositions de la Constitution. Cette règle peut, en pratique, sévèrement limiter les contournements de la clause de commerce, en particulier les entraves discriminatoires au commerce interétatique. Toutefois, cette distinction opérée par les juridictions selon la base constitutionnelle invoquée ne résiste pas toujours à l'analyse. Le professeur COHEN a ainsi relevé que, lorsque le Congrès était intervenu pour autoriser les Etats à légiférer, la Cour se montrait souvent plus souple dans son contrôle, notamment au regard du 14^{ème} amendement¹⁸⁶⁵.

488. L'examen des limites imposées par la Cour Suprême montre que le Congrès dispose d'une marge de manœuvre conséquente pour autoriser les Etats à légiférer et, dans ce cadre, à maintenir des barrières au commerce interétatique, même s'il ne peut contourner toutes les exigences constitutionnelles, telles que le principe de non discrimination entre les citoyens. Les institutions communautaires disposent, en revanche, d'une compétence beaucoup plus limitée pour maintenir, introduire ou encore autoriser des entraves.

Section 2 – Une faculté d'autorisation encadrée des institutions communautaires

489. En principe, « *une disposition nationale qui transpose correctement une norme communautaire harmonisant les réglementations nationales [...] ne constitue pas une entrave*

¹⁸⁶² V. par ex. *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 732 (1982) ; *Saenz*, 526 U.S. 489, préc.

¹⁸⁶³ *Metropolitan Life Ins. Co. v. Ward*, 470 U.S. 869 (1985). La jurisprudence demeure toutefois mesurée : des taxes discriminatoires ont pu être admises lorsqu'elles étaient, selon la Cour, justifiées (v. *Western & Southern Life Insurance Co.*, 451 U.S. 648, préc.).

¹⁸⁶⁴ V. *supra*. A. du présent §.

¹⁸⁶⁵ W. COHEN, "Congressional Power to Validate Unconstitutional State Laws...", préc., pp. 390 et s.

à la libre circulation contraire [au traité] »¹⁸⁶⁶. La conformité du droit national au droit communautaire dérivé conduit donc à présumer la conformité du droit national au droit primaire. Le droit communautaire dérivé permettrait-il en conséquence d'immuniser les mesures étatiques de poursuites sur le fondement des libertés de circulation ? Le législateur communautaire pourrait-il autoriser des mesures *a priori* contraires aux règles du traité ?

490. A la lecture du traité, les institutions communautaires ne dispose d'aucun pouvoir exprès pour autoriser une mesure constitutive d'une entrave non justifiée aux libertés de circulation. En effet, il n'est pas prévu que les Etats puissent recourir aux instances politiques de l'Union pour contourner une décision juridictionnelle. Toutefois, l'examen des actes de droit dérivé montre que, par le biais de son pouvoir d'harmonisation, le législateur communautaire a la faculté d'adopter des mesures qui, prises au niveau étatique, seraient probablement jugées non conformes aux dispositions du traité (§1). Cette compétence du législateur communautaire est, néanmoins, encadrée puisque les actes communautaires doivent, aux termes de la jurisprudence de la Cour, « *respecter la liberté des échanges intra-communautaires* »¹⁸⁶⁷. En pratique, cette exigence n'a pas la même portée que celle qui s'impose aux Etats, le degré de contrôle juridictionnel n'étant pas le même. En conséquence, les institutions communautaires disposent d'une marge de manœuvre certaine pour autoriser les Etats à maintenir ou introduire des mesures restrictives des libertés de circulation (§2). Par ailleurs, le traité prévoit que les Etats, s'ils souhaitent maintenir ou introduire des dispositions non conformes à une mesure d'harmonisation, peuvent en faire la demande à la Commission. Le compromis politique est, là aussi, soumis au respect d'un certain nombre de conditions (§3).

¹⁸⁶⁶ CJCE, 5 avril 2001, *Bellamy et English Shop Wholesale*, aff. C-123/00, *Rec.* p. I-2795, pt 21. V. également les pts 54 et s. des conclusions de l'avocate générale TRSTENJAK, sous l'arrêt CJUE, 21 décembre 2011, *Commission c/ Autriche*, aff. C-28/09 (non encore publié au recueil).

¹⁸⁶⁷ CJCE, 29 février 1984, *Rewe*, aff. 37/83, *Rec.* p. 1229, pt 18 ; CJCE, 9 août 1994, *Meyhui*, aff. C-51/93, *Rec.* p. I-3879 ; CJCE, 14 décembre 2004, *Arnold André GmbH & Co. KG c/ Landrat des Kreises Herford*, aff. C-434/02, *Rec.* p. I-11825, pt 57 ; CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match AB et Swedish Match AB UK Ltd c/ Secretary of State for Health*, aff. C-210/03, *Rec.* p. I-11893, pt 59.

§1. Pouvoir du législateur communautaire de maintenir un certain cloisonnement des marchés

491. Aux termes de l'article 114 TFUE, « *la Commission, dans ses propositions [d'actes visant à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur] en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé [...]* ». Il en résulte que l'objectif de l'intégration positive n'est pas seulement de supprimer les entraves aux activités économiques et de libéraliser les économies nationales, mais également d'assurer une protection des intérêts de nature non économiques¹⁸⁶⁸. Les actes communautaires de droit dérivé doivent donc refléter un compromis entre la suppression des restrictions à la circulation intra-communautaire et le maintien de standards élevés en matière sanitaire, environnemental, social, etc. A ce titre, ils peuvent conduire à maintenir un certain cloisonnement des marchés nationaux.

492. Différentes hypothèses peuvent être identifiées à cet égard.

Le maintien d'obstacles peut résulter, en premier lieu, de clauses de sauvegarde contenues dans les actes communautaires et permettant aux Etats de restreindre l'accès à leurs marchés. Cette faculté du législateur communautaire d'introduire des clauses de sauvegarde dans les actes qu'il adopte a, d'ailleurs, été expressément prévue par les rédacteurs du traité. En effet, aux termes de l'article 114, § 10 TFUE, « *les mesures d'harmonisation [...] comportent, dans les cas appropriés une clause de sauvegarde autorisant les Etats membres à prendre, pour une ou plusieurs des raisons non économiques visées à l'article 36, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union* ». De nombreuses directives contiennent une telle clause, apportant ainsi une relative souplesse aux Etats pour protéger certains intérêts généraux, tels que la santé ou la sécurité. Par exemple, la directive 73/173 relative à la classification, l'emballage et l'étiquetage des préparations dangereuses (solvants)¹⁸⁶⁹ prévoit en son article 9 que « *[s]i un Etat membre constate qu'une préparation dangereuse, [...] conforme aux prescriptions de la présente directive, présente un danger pour la santé ou la sécurité, [...] il peut, pour une période maximale de six mois, interdire sur son territoire la vente, la mise sur le marché ou l'usage de cette préparation. Il en informe immédiatement les*

¹⁸⁶⁸ V. également les articles 7 à 14 TFUE.

¹⁸⁶⁹ Préc. V., à propos de cette directive, l'arrêt *Ratti*, aff. 148/78, discuté *supra* (chapitre 1 du présent titre).

autres États membres et la Commission, en précisant les motifs de sa décision ». Une clause similaire apparaît dans la directive 2009/142/CE concernant les appareils à gaz¹⁸⁷⁰ : les Etats sont autorisés, pour des raisons de sécurité, à prendre « toutes mesures utiles pour retirer ces appareils du marché, ou interdire ou restreindre leur mise sur le marché ». Ils doivent également en avvertir la Commission.

Dès lors que le texte autorise expressément certaines législations étatiques, en prévoyant précisément les modalités d'intervention des Etats, la Cour de justice est supposée apprécier ces législations dans le cadre tracé par le législateur communautaire et non plus dans le cadre du traité¹⁸⁷¹. En conséquence, les Etats, s'ils remplissent les conditions prévues par la clause de sauvegarde, n'ont pas à justifier, au regard du traité, les mesures restrictives qu'ils adoptent. Néanmoins, la Cour de justice appréhende strictement de telles clauses, retenant, dans la mesure du possible, une interprétation conforme aux règles relatives aux libertés de circulation¹⁸⁷².

493. Le cloisonnement peut également résulter d'une harmonisation partielle. La Cour de justice a, en effet, reconnu que le législateur communautaire n'était pas dans l'obligation de supprimer l'ensemble des entraves dans un domaine donné, « l'objet d'une mesure d'harmonisation [étant] de réduire les obstacles au fonctionnement du marché intérieur »¹⁸⁷³. Il ne lui est donc pas interdit de maintenir certaines barrières entre les Etats dès lors que son action a pour effet d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur¹⁸⁷⁴. La conformité des législations communautaires au traité résulte ainsi moins d'un décloisonnement total des marchés étatiques que d'une intégration progressive des marchés.

494. Enfin, si l'on considère les atteintes à la liberté économique comme des entraves au sens du traité¹⁸⁷⁵, il apparaît que bon nombre de textes, en restreignant la commercialisation de certains produits ou en encadrant l'accès aux activités économiques ou leur exercice,

¹⁸⁷⁰ Article 7 de la directive 2009/142/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant les appareils à gaz (JO L 330, p. 10).

¹⁸⁷¹ V. *supra*, chapitre 1 du présent titre.

¹⁸⁷² V. par ex. CJCE, *Fabricants raffineurs d'huile de graissage c/ Inter-Huiles*, aff. 172/82, préc. ; CJCE, *Delhaize et Le Lion*, aff. C-47/90, préc., pts 25-26.

¹⁸⁷³ CJCE, 9 octobre 2001, *Pays Bas c/ Conseil et Parlement européen* (« Biotechnologie »), aff. C-377/98, *Rec.* p. I-7079, pt 20. V. également CJCE, 18 avril 1991, *Assurances du crédit c/ Conseil et Commission*, aff. C-63/89, *Rec.* p. I-1799 ; CJCE, 13 juillet 1995, *Espagne c/ Conseil*, aff. C-350/92, *Rec.* p. I-1985.

¹⁸⁷⁴ CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil* (« Publicité pour le tabac I »), aff. C-376/98, *Rec.* p. I- 8419, pt 84. V. *infra*.

¹⁸⁷⁵ V. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 3, *supra*.

affectent les libertés de circulation. A titre d'exemple, les directives relatives à la publicité ou à la commercialisation des produits du tabac, contestées dans les affaires C-376/98¹⁸⁷⁶ et C-380/03¹⁸⁷⁷, interdisent certaines formes de publicité et certains produits afin de protéger la santé des personnes¹⁸⁷⁸. Une telle interdiction est conforme au traité puisque, selon la Cour de justice, une mesure d'harmonisation peut consister à « *interdire, provisoirement ou définitivement, la commercialisation d'un ou de certains produits* »¹⁸⁷⁹. Cette formule n'est pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour Suprême, la juridiction américaine ayant toujours jugé que le Congrès pouvait « *exclure, soit partiellement soit entièrement [du commerce] tout sujet relevant de la sphère commerciale* »¹⁸⁸⁰. Cette faculté du législateur communautaire ne découle toutefois pas d'une liberté que lui laisserait le traité mais, comme nous l'avons précédemment relevé, de son obligation de tenir compte d'impératifs non économiques, tels que la protection de la santé, de la sécurité ou encore de l'environnement. Or, de tels impératifs peuvent commander d'interdire ou de limiter certaines activités économiques.

495. Toutes ces hypothèses traduisent la faculté des autorités communautaires de modifier le rapport qui doit exister, aux termes du traité tel qu'interprété par les juridictions, entre les libertés de circulation et certains intérêts généraux. Toutefois, la marge de manœuvre dont disposent les institutions à cet égard est limitée.

¹⁸⁷⁶ CJCE, *Publicité pour le tabac I*, aff. C-376/98, préc.

¹⁸⁷⁷ CJCE, 12 décembre 2006, *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil* (« *Publicité pour le tabac II* »), aff. C-380/03, *Rec.* p. I-11573.

¹⁸⁷⁸ Directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac (JO L 213, p. 9). Cette directive a été annulée par la Cour dans l'arrêt *Publicité pour le tabac I*, préc., et remplacée par la directive 2003/33/CE. V. également la directive 2001/37/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2001 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac (JO L 194, p. 26).

¹⁸⁷⁹ CJCE, *Publicité pour le tabac II*, aff. C-380/03, préc., pt 43. V. également CJCE, *Arnold André*, aff. C-434/02, préc., pt 35 ; CJCE, *Swedish Match AB*, aff. C-210/03, préc., pt 34 ; CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for natural Health*, aff. jtes C-154 et 155/04, *Rec.p.* I-6451, pt 33.

¹⁸⁸⁰ V. *supra*, section 1 du présent chapitre.

§2. Une soumission générale des actes communautaires aux libertés de circulation

496. D'une part, la Cour fait une interprétation fonctionnelle des bases juridiques servant de fondement à l'action du législateur communautaire, de telle sorte que ce dernier ne peut adopter d'actes freinant l'intégration des marchés (A). D'autre part, tout acte communautaire doit, selon la jurisprudence, respecter les libertés fondamentales du traité (B).

A. Une action communautaire « orientée »

497. Contrairement au législateur fédéral américain qui, dans son champ de compétence, est totalement maître de son action¹⁸⁸¹, le législateur communautaire est tenu de respecter la « philosophie intégrationniste » communautaire. Autrement dit, la Cour de justice a interprété les dispositions du traité offrant une compétence aux institutions communautaires de manière à ce que ces dernières ne puissent remettre en cause l'intégration des marchés voulue par les rédacteurs du traité.

498. Plusieurs exemples peuvent être fournis à cet égard.

Dans le domaine de la politique agricole commune, l'article 38 TFUE stipule que « *les règles prévues pour l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur sont applicables aux produits agricoles* », « *sauf dispositions contraires des articles 39 à 44 inclus* ». Le législateur communautaire peut donc, dans une certaine mesure, aménager les règles gouvernant le marché intérieur pour les produits agricoles. Appelée à se prononcer sur l'étendue de cette compétence, la Cour a retenu une interprétation stricte de ces articles et a exclu que le Conseil puisse déployer ces aménagements au-delà des dispositions expresses. Elle a ainsi condamné une disposition d'un règlement qui autorisait les Etats membres à adopter des mesures portant atteinte à l'unité du marché, telles que des taxes d'effet équivalent à des droits de douane¹⁸⁸².

Les juges de Luxembourg ont également considéré que la compétence pour coordonner les législations des Etats membres dans le domaine de la sécurité sociale n'autorisait pas le législateur communautaire à « *ajouter des disparités supplémentaires à celles qui résultent*

¹⁸⁸¹ V. section 1 du présent chapitre, *supra*.

¹⁸⁸² CJCE, 20 avril 1978, *Commissionnaires réunis et Ramel*, aff. jtes 80 et 81/77, *Rec.* p. 927.

déjà du défaut d'harmonisation des législations nationales »¹⁸⁸³. La compétence communautaire en la matière doit, en effet, être exercée en regard de l'objectif poursuivi par l'article 51 du traité CEE (devenu article 48 TFUE) qui consiste à garantir la libre circulation aux travailleurs ressortissants de l'Union.

499. La méthode d'interprétation fonctionnelle retenue par la Cour de justice – c'est-à-dire une interprétation en fonction des objectifs de l'Union européenne et plus précisément de celui d'intégration des marchés – est particulièrement perceptible dans les arrêts concernant la compétence de l'Union au titre de l'article 114 TFUE. Cette disposition permet aux institutions d'adopter des mesures d'harmonisation ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Procédant à une lecture combinée des articles 3, §1 c) et 14 du traité CE (devenus article 26 TFUE), la Cour a jugé qu'« *un acte adopté sur le fondement de l'article [114 TFUE] doit avoir [...] pour objet l'amélioration des conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur* »¹⁸⁸⁴. En conséquence, les institutions communautaires ne peuvent pas adopter tout acte qui aurait trait au marché intérieur, comme peut le faire le Congrès aux Etats-Unis, mais uniquement les actes permettant un approfondissement de l'intégration. Pour la Cour de justice, cette exigence est remplie à une triple condition : tout d'abord, il doit exister, dans le domaine dont l'harmonisation est envisagée, des disparités entre les réglementations nationales ; ensuite, ces disparités doivent être à l'origine d'entraves ou de distorsions sensibles de concurrence ; enfin, l'acte doit supprimer, au moins partiellement, ces disparités, de telle sorte que les entraves ou distorsions constatées sont elles-mêmes éliminées¹⁸⁸⁵.

Les juges de Luxembourg ont néanmoins procédé à une interprétation souple de ces conditions, laissant une importante marge de manœuvre au législateur communautaire¹⁸⁸⁶.

¹⁸⁸³ CJCE, 15 janvier 1986, *Pietro Pinna*, aff. 41/84, *Rec.* p. 1, pt 21.

¹⁸⁸⁴ CJCE, *Publicité pour le tabac I*, aff. C-376/98, pt 84.

¹⁸⁸⁵ CJCE, *Publicité pour le tabac I*, aff. C-376/98, préc., pt 95. Il n'est donc pas suffisant de constater, d'une part, des disparités et, d'autre part, un risque abstrait d'entraves ou de distorsions de concurrence. Le législateur doit en outre démontrer le lien de causalité entre ces disparités et ces entraves ou distorsions de concurrence et prouver que l'acte contribue à éliminer tant les disparités que les entraves ou distorsions.

¹⁸⁸⁶ V. not. les arrêts suivants : CJCE, *Espagne c/ Conseil*, aff. C-350/92, préc. ; CJCE, *Biotechnologie*, aff. C-377/98, préc. ; CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.* p. I-11453 ; CJCE, *Publicité pour le tabac II*, aff. C-380/03, préc. ; CJCE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd*, aff. C-58/08, *Rec.* p. I-4999.

Celui-ci n'est donc pas tenu de procéder à une dérégulation des activités économiques¹⁸⁸⁷. Il peut même restreindre, dans une certaine mesure, le commerce. Ce n'est donc qu'exceptionnellement que la Cour a jugé que les conditions de l'article 114 TFUE n'étaient pas remplies et a annulé un acte communautaire¹⁸⁸⁸. Une partie de la doctrine semble d'ailleurs regretter que la Cour ne défende pas davantage l'objectif de libéralisation qui constitue la finalité principale de l'article 114 TFUE¹⁸⁸⁹. L'existence de précédents démontre, néanmoins, que l'action du législateur communautaire est soumise à un véritable contrôle juridictionnel qui l'empêche de « reculer » dans l'intégration des marchés.

500. A cette approche fonctionnelle des bases de compétence du législateur communautaire, s'ajoute un contrôle des actes au regard des dispositions relatives aux libertés de circulation.

B. La soumission des actes communautaires aux libertés de circulation

501. A la lettre du texte du traité, on pourrait penser que seuls les Etats membres sont destinataires des dispositions relatives aux libertés de circulation¹⁸⁹⁰. La Cour de justice a, néanmoins, procédé à une interprétation large des dispositions relatives aux libertés de circulation, jugeant que « *les institutions communautaires sont, elles aussi, tenues de respecter la liberté des échanges intra-communautaires* »¹⁸⁹¹. Toutefois, il apparaît que les conséquences de cette sujétion sont limitées, la Cour n'exerçant qu'un contrôle minimal des actes communautaires au regard des articles du traité.

1. Une sujétion affirmée

502. Le traité ne prévoit pas explicitement que les entraves aux libertés de circulation prescrites par des actes communautaires sont interdites. Seul l'ancien article 4 CE (devenu article 119 TFUE), qui stipule que « *l'action des Etats membres et de la Communauté*

¹⁸⁸⁷ V. en ce sens les conclusions de l'avocat général FENNELLY sous l'arrêt *Publicité pour le tabac I*, aff. C-376/98, préc., pt 85 et celles de l'avocat général MADURO sous l'arrêt *Vodafone Ltd*, aff. C-58/08, préc., pts 8-9.

¹⁸⁸⁸ V. CJCE, *Publicité pour le tabac I*, aff. C-376/98 ; CJCE, 30 mai 2006, *Parlement c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-317 et 318/04, *Rec.* p. I-4720.

¹⁸⁸⁹ J. SNELL, "Who's got the Power: Free Movement and Allocation of Competences on EC Law", *Y.E.L.*, vol. 22, 2003, p 323, *spéc.* p. 346.

¹⁸⁹⁰ V. les articles 30, 34, 35, 45, 49 et 56 TFUE.

¹⁸⁹¹ CJCE, *Rewe*, aff. 37/83, préc. ; CJCE, *Meyhui*, aff. C-51/93, préc. ; CJCE, *Arnold André*, aff. C-434/02, préc., pt 57 ; CJCE, *Swedish Match AB*, aff. C-210/03, préc., pt 59.

comporte [...] l'instauration d'une politique économique [...] conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre », a pu servir d'appui à une interprétation en ce sens, le respect des libertés de circulation étant le corollaire nécessaire du « respect du principe d'une économie de marché ouverte »¹⁸⁹². La doctrine s'est, en conséquence, divisée sur la question de l'applicabilité des articles du traité relatifs aux libertés de circulation aux actes communautaires¹⁸⁹³. Certains auteurs ont défendu l'idée d'une application uniforme des règles du traité aux actes des institutions communautaires et à ceux des Etats¹⁸⁹⁴ ; d'autres, plus minoritaires, ont soutenu la thèse opposée, en se fondant notamment sur une lecture littérale et stricte des termes du traité¹⁸⁹⁵. Enfin, une troisième partie de la doctrine, la plus importante, s'est ralliée à une position médiane, jugeant que l'Union devait respecter les articles du traité relatifs aux libertés de circulation mais dans une mesure moindre que les Etats¹⁸⁹⁶.

503. La question est en grande partie résolue aujourd'hui. La Cour a, en effet, contrôlé, à de nombreuses reprises, les actes communautaires à l'aune des dispositions interdisant les restrictions aux libertés de circulation et, en particulier, au regard de l'article 34 TFUE. Elle a, à cette occasion, constamment observé que « *l'interdiction des restrictions quantitatives ainsi que des mesures d'effet équivalent vaut [...] non seulement pour des mesures nationales, mais*

¹⁸⁹² V. K. MORTELMANS, "The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market – toward a concordance rule", *CML Rev.*, vol 39, 2002, p 1303, *spéc.* pp. 1313-1314.

¹⁸⁹³ L'ensemble des opinions doctrinales à ce sujet a fait l'objet d'intéressants développements dans l'article du professeur MORTELMANS, "The relationship between the Treaty rules and Community measures...", *préc.* V. également, P. OLIVER, « La législation communautaire et sa conformité avec la libre circulation des marchandises », *CDE*, n° 2, 1979, p. 245.

¹⁸⁹⁴ V. par ex. E.-U. PETERSMANN, "National Constitutions, Foreign Trade Policy and European Community Law", *Eur. J. Int'l L.*, 1992, p. 1, *spéc.* pp. 13 et s. ; L. DEFALQUE, « L'harmonisation des législations nationales : une alternative à la jurisprudence », *JTDE*, 1994, p. 166.

¹⁸⁹⁵ Pour l'avocat général CAPOTORTI, « *les directives adoptées au titre des articles 100 à 102 [devenus articles 114 à 117 TFUE] doivent être présumés conformes au traité en ce compris l'article [34]* » (conclusions sous l'arrêt CJCE, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, *préc.* p. 671). De son analyse, résulte l'inapplicabilité des dispositions relatives aux libertés de circulation aux actes d'harmonisation adoptés par le législateur communautaire.

¹⁸⁹⁶ V. par ex. R. BARENTS, "The Community and the unity of the Common Market", *German Yearbook of International Law*, 1990, p. 9, *spéc.* p. 15 ; J. SNELL, "Who's got the Power...", *préc.*, pp. 345 et s. ; P. OLIVER, *Free movement of goods...*, *op. cit.*, p. 66 ; S. A. de VRIES, *Tensions within the Internal Market, The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Europa, Law Publishing, Groningen, 2006, *spéc.* p. 315. C'est également l'opinion que le professeur MORTELMANS développe dans son article "The relationship between the Treaty rules and Community measures...", *préc.* Cette lecture semble validée par la pratique jurisprudentielle de la Cour de justice (v. *infra*).

également pour des mesures émanant des institutions communautaires »¹⁸⁹⁷. Il résulte de cette affirmation que le raisonnement employé à l'égard des mesures nationales s'étend aux mesures communautaires. La Cour applique donc l'analyse binaire développée à l'égard des entraves étatiques : elle contrôle, dans un premier temps, que la mesure constitue une restriction au sens des articles relatifs aux libertés de circulation ; puis, en cas de réponse positive, examine les éventuelles justifications.

504. En revanche, les conséquences d'une telle soumission demeurent incertaines¹⁸⁹⁸. Les interdictions figurant dans le traité ont-elles une portée similaire à l'égard du droit communautaire dérivé et des normes nationales ? Autrement dit, la jurisprudence relative aux entraves nationales est-elle transposable aux entraves communautaires ? La Cour ne s'est jamais prononcée explicitement sur la question, mais l'analyse de la pratique décisionnelle permet de répondre négativement à cette dernière question : alors que la Cour a, à de très nombreuses reprises, conclu à la violation du traité par les Etats, elle n'a qu'exceptionnellement constaté l'invalidité d'une mesure communautaire en raison de sa contrariété avec une des libertés de circulation. On peut citer à cet égard l'arrêt *Pietro Pinna* de 1986¹⁸⁹⁹ dans lequel la Cour a jugé contraire au traité une disposition du règlement 1408/71, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille¹⁹⁰⁰, au motif qu'elle opérait une distinction entre les travailleurs résidant en France et les travailleurs résidant dans les autres Etats membres et créait ainsi une discrimination interdite par l'article 48 du traité CEE¹⁹⁰¹. En 2007, la Cour a également invalidé une disposition de la directive 75/106/CEE relative au préconditionnement en volume de certains liquides en préemballages¹⁹⁰² au motif qu'elle ne permettait la commercialisation de certains préemballages qu'à partir de l'Irlande et du Royaume-Uni. Il en résultait, selon la Cour, une entrave au commerce intracommunautaire non justifiée et donc

¹⁸⁹⁷ V. par ex. CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, aff. 15/83, *Rec.* p 2171, pt 15 ; CJCE, *Meyhui*, aff. C-51/93, préc., pt 11. En matière de libre prestations de services, v. par ex. CJUE, *Schmelz*, aff. C-97/09, préc.

¹⁸⁹⁸ V. à ce propos K. MORTELMANS, "The relationship between the Treaty rules and Community measures...", préc., p. 1306 ; S. DE VRIES, *Tensions within the Internal Market...*, *op. cit.*, p. 314.

¹⁸⁹⁹ CJCE, *Pietro Pinna*, aff. 41/84, préc.

¹⁹⁰⁰ Règlement 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 149, p. 2).

¹⁹⁰¹ Devenu article 45 TFUE.

¹⁹⁰² Directive 75/106/CEE du Conseil, du 19 décembre 1974, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au préconditionnement en volume de certains liquides en préemballages (JO L 42, p. 1).

contraire à l'article 34 TFUE¹⁹⁰³.

505. Dans les deux exemples précédents, les actes communautaires avaient pour particularité d'introduire des différenciations entre les Etats. Hormis ce cas particulier, il convient de constater que la juridiction communautaire a réduit son contrôle à la portion congrue, de telle sorte que le législateur communautaire bénéficie d'une très importante marge de manoeuvre¹⁹⁰⁴.

2. Une sujétion particulièrement souple

506. Deux étapes jalonnent l'analyse de la Cour. Elle détermine, dans un premier temps, si la mesure constitue une entrave. Toutefois, la Cour élude souvent la question en recourant à la technique de l'interprétation conforme et impose ainsi une lecture des actes de droit dérivé qui ne contrarie pas les dispositions du traité. Si la Cour conclut, néanmoins, à l'existence d'une restriction, elle examine, dans un second temps, les justifications des institutions communautaires ainsi que le caractère nécessaire et proportionné des mesures adoptées. C'est à ce dernier stade qu'apparaissent les divergences les plus nettes entre le standard d'appréciation des normes nationales et celui des normes communautaires¹⁹⁰⁵.

α. La qualification d'entrave : une question souvent éludée

507. Les actes communautaires contiennent parfois des mesures qualifiables d'entraves au sens de la jurisprudence relative aux normes nationales. La Cour a retenu une telle qualification dans plusieurs arrêts, ce qui l'a amenée à rechercher dans un second temps si les mesures étaient justifiées.

Sans prétendre à l'exhaustivité, quelques exemples peuvent être fournis. Ont été qualifiées d'entraves certaines dispositions de directives imposant l'usage des langues du pays de commercialisation sur les emballages des produits concernés¹⁹⁰⁶. Dans les arrêts *Meyhui*¹⁹⁰⁷ et

¹⁹⁰³ CJCE, 4 octobre 2007, *Schutzverband der Spiritusosen-Industrie eV c/ Diageo Deutschland GmbH*, aff. C-457/05, *Rec.* p. I-8075.

¹⁹⁰⁴ V. en ce sens M. POIARES MADURO, *We the Court...*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁹⁰⁵ V. K. MORTELMANS, "The relationship between the Treaty rules and Community measures...", *préc.*, p. 1322.

¹⁹⁰⁶ A titre d'exemples, la directive 69/493/CEE du Conseil, du 15 décembre 1969, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au cristal de verre (JO L 326, p. 36) et la directive 76/768/CEE du Conseil du 27 juillet 1979, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux produits cosmétiques (JO L 151, p. 32).

*Schwarzkopf*¹⁹⁰⁷, la Cour a ainsi constaté que « les produits provenant d'autres Etats membres [devaient] être revêtus d'étiquetages différents entraînant des frais supplémentaires de conditionnement »¹⁹⁰⁸ et a donc conclu à l'existence de restrictions. La même qualification a été retenue dans les affaires *Arnold André* et *Swedish Match* de 2004¹⁹⁰⁹ à l'égard de l'article 8 de la directive 2001/37 relative à la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac qui interdisait la commercialisation de certains produits du tabac. La Cour a également constaté l'existence – plus rare – de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation. Tel a été le cas dans l'arrêt *Consorzio del Prosciutto di Parma* de 2003¹⁹¹⁰ dans lequel était contesté le règlement 2081/92 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires¹⁹¹¹, qui subordonnait l'utilisation de l'appellation d'origine protégée « jambon de Parme » à la réalisation, dans la région de production, d'opérations telles que le tranchage et l'emballage du produit.

508. Toutefois il apparaît, dans bon nombre d'affaires, que la qualification d'entrave est écartée¹⁹¹², soit parce que la Cour constate que la mesure, même en contenant une restriction, contribue à l'amélioration du marché intérieur, soit parce qu'elle élude la question du caractère restrictif des mesures communautaires en recourant à la technique de l'interprétation conforme¹⁹¹³. Dans la première hypothèse, la Cour conclut à l'absence d'entrave en opérant une comparaison avec la situation qui existerait à défaut d'harmonisation. Observant que les entraves provoquées par la réglementation communautaire sont moins importantes que celles résultant du caractère hétérogène des législations nationales, la Cour écarte ainsi le moyen de la violation du droit primaire relatif aux libertés de circulation¹⁹¹⁴. Dans la seconde hypothèse,

¹⁹⁰⁷ CJCE, *Meyhui*, aff. C-51/93, préc.

¹⁹⁰⁸ CJCE, 13 septembre 2001, *Schwarzkopf*, aff. C-169/99, *Rec.* p. I-5901.

¹⁹⁰⁹ CJCE, *Meyhui*, aff. C-51/93, préc., pt 13 ; CJCE, *Schwarzkopf*, aff. C-169/99, préc., pt 39.

¹⁹¹⁰ CJCE, *Arnold André*, aff. C-434/02, préc., et CJCE, *Swedish Match AB*, aff. C-210/03, préc.

¹⁹¹¹ CJCE, 20 mai 2003, *Consorzio del Prosciutto di Parma et Salumificio S. Rita*, aff. C-108/01, *Rec.* p. I-5121, pt 59.

¹⁹¹² Règlement (CEE) n° 2081/92 du Conseil, du 14 juillet 1992, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires (JO L 208, p. 1).

¹⁹¹³ V. par ex. CJCE, *Denkavit Nederland*, aff. 15/83, préc. ; CJCE, *Assurances du crédit*, aff. C-63/89, préc.

¹⁹¹⁴ V. K. MORTELMANS, "The relationship between the Treaty rules and Community measures...", préc., pp. 1324 et s.

¹⁹¹⁵ V. par ex. CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil* (« garantie des dépôts »), aff. C-233/94, *Rec.* p. I-2405.

la Cour écarte la qualification en retenant une interprétation de l'acte en conformité avec le droit primaire. Aux termes de la technique de l'interprétation conforme, « *lorsqu'un texte de droit dérivé communautaire est susceptible de plus d'une interprétation, il convient de donner la préférence à celle qui rend la disposition conforme au traité plutôt qu'à celle conduisant à constater son incompatibilité avec celui-ci* »¹⁹¹⁶. A diverses reprises la Cour a procédé à une telle interprétation et conclu ainsi à l'absence d'entraves¹⁹¹⁷.

β. Des mesures systématiquement justifiées

509. Si la Cour dépasse rarement le premier niveau de l'analyse – en rejetant la qualification d'entraves –, il est arrivé toutefois que le second stade du contrôle soit mis en œuvre. Dans ce cas, les juges examinent la justification de la restriction contenue dans la législation communautaire et vérifient que cette restriction est proportionnée au but poursuivi.

510. Concernant, en premier lieu, la justification de l'entrave, il apparaît que le législateur communautaire peut invoquer tant les exceptions figurant dans le traité que les exceptions prétoriennes. La juridiction communautaire a ainsi admis des entraves justifiées par le souci des institutions de protéger la santé¹⁹¹⁸, les consommateurs¹⁹¹⁹ et l'environnement¹⁹²⁰. D'autres motifs, plus exceptionnels, ont également été admis, tels que la protection de la propriété industrielle et commerciale¹⁹²¹ ou la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux¹⁹²².

Si ces motifs figurent dans le traité ou dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour, cette dernière semble également admettre des justifications plus contestables au regard des motifs admis pour les mesures nationales, et notamment des motifs de nature économique. Dans l'arrêt *Garantie des dépôts*¹⁹²³, la Cour a exclu que l'« interdiction d'exportation » contenue

¹⁹¹⁶ CJCE, *Assurance*, aff. 205/84, préc., pt 62. Dans le même sens, v. CJCE, *Schutzverband der Spiritusosen-Industrie eV*, aff. C-457/05, préc., pt 22.

¹⁹¹⁷ V. par ex. CJCE, *Bristol-Myers Squibb*, aff. jtes C-427, 428 et 436/93, préc. ; CJCE, *Alliance for natural Health*, aff. jtes C-154 et 155/04, préc.

¹⁹¹⁸ V. par ex. CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission (ESB)*, aff. C-180/96, *Rec.* p. I-2265 ; CJCE, *Schwarzkopf*, aff. C-169/99, préc. ; CJCE, *Arnold André*, aff. C-434/02, préc. ; CJCE, *Swedish Match AB*, aff. C-210/03, préc. ; CJCE, *Alliance for natural Health*, aff. jtes C-154 et 155/04, préc.

¹⁹¹⁹ CJCE, *Meyhui*, aff. C-51/93, préc.

¹⁹²⁰ CJCE, 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech*, aff. C-284/95, *Rec.* p. I-4301.

¹⁹²¹ CJCE, *Consorzio del Prosciutto di Parma*, aff. C-108/01, préc.

¹⁹²² CJUE, *Schmelz*, aff. C-97/09, préc.

¹⁹²³ CJCE, *Garantie des dépôts*, aff. C-233/94, préc., pts 39 et s.

dans la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts¹⁹²⁴, en vertu de laquelle la couverture dont bénéficient les déposants des succursales créées par les établissements de crédit dans d'autres États membres que ceux où ils sont agréés ne peut excéder la couverture proposée par le système de garantie correspondant de l'État membre d'accueil, viole l'article 52 CEE (devenu article 53 TFUE). Elle a constaté, à cet égard, que la disposition litigieuse avait pour objectif d'éviter « *toute perturbation du marché résultant du fait que les succursales de certains établissements de crédit offrent des taux de couverture supérieurs à ceux offerts dans les établissements de crédit agréés par l'Etat membre d'accueil* »¹⁹²⁵ et a jugé qu'un tel objectif était légitime. Elle admet ainsi que le législateur communautaire poursuive un objectif économique visant à protéger les entreprises des États membres plus exigeants sur les taux de couverture et donc moins compétitives. Or, selon une jurisprudence constante, une mesure nationale restrictive ne peut être justifiée par la poursuite d'objectifs économiques, de surcroît protectionnistes¹⁹²⁶. Dès lors, nous partageons le point de vue du professeur SNELL pour qui « *les intérêts justifiant des mesures restrictives [sont] plus limités dans le cas de la législation des Etats membres que dans le cas de la législation communautaire* »¹⁹²⁷.

511. Concernant, en second lieu, le contrôle de proportionnalité des restrictions d'origine communautaire, il apparaît que la Cour recourt à un standard particulièrement souple puisqu'elle ne sanctionne que l'erreur manifeste d'appréciation¹⁹²⁸.

Il en résulte, la plupart du temps, une analyse lapidaire voire quasi-inexistante, même s'il peut, exceptionnellement, arriver que la Cour, reprenant un à un les arguments des parties, consacre d'importants développements à la question¹⁹²⁹. Ainsi, dans les arrêts *Arnold André* et *Swedish Match*, les juges indiquent que la mesure est justifiée « *pour des raisons de protection de la santé* »¹⁹³⁰ et ne poursuivent pas plus loin l'analyse, renvoyant aux

¹⁹²⁴ Directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, relative aux systèmes de garantie des dépôts (JO L 135, p. 5).

¹⁹²⁵ Pt 57 de l'arrêt.

¹⁹²⁶ V. également CJCE, *Daimler Chrysler*, aff. C-324/99, préc., arrêt analysé au chapitre 1, section 2, §2 du présent titre, *supra*. Pour de plus amples développements sur les intérêts pouvant être invoqués pour justifier une entrave d'origine étatique, v. titre 2 de la présente partie, *infra*.

¹⁹²⁷ J. SNELL, "Who's got the Power...", préc., pp. 347 et s.

¹⁹²⁸ V. par ex. CJCE, *Alliance for natural Health*, aff. jtes C-154 et 155/04, préc., pt 52.

¹⁹²⁹ V. par ex. CJCE, *Alliance for natural Health*, aff. jtes C-154 et 155/04, préc., pts 51-93.

¹⁹³⁰ CJCE, *Arnold André*, aff. C-434/02, préc., pt 59 ; CJCE, *Swedish Match AB*, aff. C-210/03, pt 61.

considérations émises dans le cadre du second moyen consacré à l'article 95, § 3 CE (devenu 114, §3 TFUE) et au principe de proportionnalité¹⁹³¹.

512. Plus généralement, la Cour se contente d'observer que l'entrave est proportionnée à l'objectif poursuivi, sans rechercher, comme elle le fait pour les mesures étatiques, les alternatives envisageables à la mesure adoptée par les institutions, préférant renvoyer au large pouvoir d'appréciation dont ces dernières disposent. Par exemple, dans l'arrêt *Garantie des dépôts*¹⁹³², alors que l'Allemagne suggérait des mesures moins restrictives que l'interdiction d'exportation figurant dans la directive contestée¹⁹³³, la Cour n'a pas examiné l'argument, observant que « *le législateur communautaire a démontré à suffisance de droit qu'il poursuivait un objectif légitime* » et que « *la restriction que constitue l'« interdiction d'exportation » pour les activités des établissements de crédit concernés n'est pas manifestement démesurée* »¹⁹³⁴. Elle a adopté une position similaire dans l'affaire *ESB*¹⁹³⁵, en constatant que « [l]e Royaume-Uni [avait] fait état de mesures alternatives qui étaient envisageables », sans pour autant analyser ces alternatives sur le fond. Elle a, en effet, considéré que « *compte tenu de la gravité du danger et de l'urgence, la Commission n'[avait] pas réagi de façon manifestement inappropriée en adoptant [...] une interdiction globale d'exportation des bovins [...]* ».

L'examen laconique et le contrôle minimal exercé ont pour conséquence la quasi-absence de sanction de l'action communautaire au titre des articles du traité relatifs aux libertés de circulation. L'invalidation de dispositions de droit dérivé sur ce fondement demeure donc exceptionnelle¹⁹³⁶. Il en résulte que la Cour de justice admet des mesures interdisant

¹⁹³¹ V. not. CJCE, *ESB*, aff. C-180/96, préc., pt 63.

¹⁹³² CJCE, *garantie de dépôts*, aff. C-233/94, préc.

¹⁹³³ V. pt 52 de l'arrêt.

¹⁹³⁴ Pt 57 de l'arrêt. Il convient de relever que l'Allemagne contestait également une autre disposition de la directive – l'article 4, paragraphe 2 – qui impose d'accueillir dans le système de garantie de l'Etat membre d'accueil des succursales en vue de compléter la garantie prévue dans leur Etat d'origine. La requérante invoquait à l'égard de cette disposition une violation du principe de proportionnalité et s'appuyait sur l'existence d'une solution alternative moins radicale. La Cour n'a pas ici éludé l'argument. En revanche, elle a conclu rapidement que la solution proposée ne permettait pas d'atteindre le but envisagé (v. pts 66 à 71 de l'arrêt).

¹⁹³⁵ CJCE, *ESB*, aff. C-180/96, préc., pt 110. A ce propos, v. S. DE VRIES, *Tensions within the Internal Market...*, *op. cit.*, p. 314.

¹⁹³⁶ A notre connaissance, la Cour a explicitement condamné des dispositions d'actes communautaires pour violation d'une liberté de circulation dans deux arrêts seulement : CJCE, *Pietro Pinna*, aff. 41/84, préc., et CJCE, *Schutzverband der Spiritusosen-Industrie eV*, aff. C-457/05, préc.

totale de la production ou la commercialisation de certains produits¹⁹³⁷ alors que de telles mesures sont souvent prohibées lorsqu'elles émanent des Etats¹⁹³⁸. De même a-t-elle accepté une mesure communautaire permettant aux Etats de réserver un avantage fiscal à des entreprises établies sur leur territoire¹⁹³⁹ alors que des mesures analogues, émanant des Etats, sont quasiment toujours sanctionnées¹⁹⁴⁰. Ainsi, le même principe appliqué aux normes nationales et aux normes communautaires peut aboutir à des résultats différents¹⁹⁴¹ puisque l'intensité du contrôle diverge¹⁹⁴². Cette divergence a pu être jugée incohérente¹⁹⁴³, d'autant que la Cour s'est parfois montrée plus souple que ses avocats généraux qui recommandaient, dans certaines affaires, l'annulation de l'acte en cause¹⁹⁴⁴.

513. Ce contrôle à géométrie variable, selon que la Cour est saisie d'une mesure nationale ou d'une mesure communautaire, n'est toutefois pas sans fondement¹⁹⁴⁵.

Tout d'abord, la nature de l'entrave n'est pas tout à fait la même selon qu'elle émane d'un Etat ou de l'Union. L'entrave étatique trouve généralement sa source soit dans une violation, directe ou indirecte, du principe de non-discrimination, soit dans la diversité des législations

¹⁹³⁷ V. par ex. CJCE, *Safety Hi-Tech*, aff. C-284/95, préc. (interdiction totale de certaines substances destinées à la lutte contre les incendies justifiée par la protection de l'environnement) ; CJCE, *Alliance for natural Health*, aff. jtes C-154 et 155/04, préc. (interdiction de certains compléments alimentaires justifiée par la protection de la santé).

¹⁹³⁸ La Cour déclare généralement les mesures nationales interdisant l'importation d'un produit contraires au droit communautaire (v. par ex. CJCE, 31 janvier 1984, *Commission c/ Royaume-Uni* (« *Maladie de Newcastle II* »), aff. 40/82, *Rec.* p. 283 ; CJCE, *Succédanés de lait en poudre*, aff. 216/84, préc. ; CJCE, 13 juillet 1994, *Commission c/ Allemagne* (« *Ecrevisses d'eau douce* »), aff. C-131/93, *Rec.* p. I-3303 ; CJCE, 5 juin 2007, *Rosengren e.a.*, aff. C-170/04, *Rec.* p. I-4071). Le contrôle est donc approfondi à l'égard des mesures nationales et minimal à l'égard des mesures communautaires.

¹⁹³⁹ CJUE, *Schmelz*, aff. C-97/09, préc.

¹⁹⁴⁰ V. à ce propos titre 2, chapitre 1, section 2, §2, A, 2, β de la présente partie, *infra*.

¹⁹⁴¹ J. SNELL, "Who's got the Power...", préc., p. 349. V. également E. SPAVENTA, Note sous l'arrêt *CaixaBank*, préc., pp. 1164 et s.

¹⁹⁴² V. P. OLIVER, *Free movement of goods...*, *op. cit.*, p. 66 ; S. DE VRIES, *Tensions within the Internal Market...*, *op. cit.*, p. 316.

¹⁹⁴³ V. not. les conclusions de l'avocat général ALBER sous l'arrêt CJCE, *Consorzio del Prosciutto di Parma*, aff. C-108/01, préc.

¹⁹⁴⁴ *Id.* V. également les conclusions du même avocat général sous l'arrêt CJCE, 20 mai 2003, *Ravil SARL c/ Bellon import SARL et Biraghi SpA*, aff. C-469/00, *Rec.* I-5053. Le professeur MORTELMANS a consacré un article à ce sujet, comparant les avis des avocats généraux et de la Cour. Il apparaît que les avocats généraux se sont à plusieurs reprises montrés plus réservés que la Cour à l'égard des entraves communautaires (K. MORTELMANS, "The Court Under the Influence of its Advocates General : An Analysis of the Case Law on the Functioning of the Internal Market", *YEL*, vol. 24, 2005, p. 127).

¹⁹⁴⁵ V. à ce propos K. MORTELMANS, "The relationship between the Treaty rules and Community measures...", préc. ; J. SNELL, "Who's got the Power...", préc., et S. DE VRIES, *Tensions within the Internal Market...*, *op. cit.*, pp. 311 et s.

qui fragmente le marché. Or l'« entrave communautaire » trouve essentiellement sa source dans la restriction faite à la liberté économique des opérateurs¹⁹⁴⁶. Concrètement, lorsque le législateur communautaire interdit la commercialisation d'une marchandise ou l'exercice d'une activité économique, il entrave les libertés de circulation non parce qu'il fragmente le marché mais parce qu'il limite la liberté des opérateurs. Il porte ainsi atteinte au processus de libéralisation des activités économiques. En revanche, le processus d'intégration n'est pas, dans ce cadre, affecté. Il en résulte que l'entrave étatique présente, *a priori*, un degré de nocivité plus important à l'égard du marché intérieur et nécessite une attitude plus ferme de la part du juge.

Ensuite, pour reprendre les termes du professeur SNELL, « *le résultat du processus législatif [communautaire] reflète l'intérêt général. Au contraire les intérêts des autres Etats ne sont pas pris en compte dans le processus politique national* »¹⁹⁴⁷. Une législation communautaire est, en effet, le résultat d'un compromis politique entre les Etats membres de l'Union, compromis qu'il est délicat pour la Cour de justice de sanctionner. En conséquence, si la Cour exerce bien un contrôle des législations communautaires, celui-ci s'effectue à la marge.

Enfin, il faut sans doute voir dans cette jurisprudence une certaine réticence du pouvoir judiciaire communautaire à empiéter sur la compétence du pouvoir législatif, d'autant que ce dernier doit procéder à des arbitrages économiques parfois complexes¹⁹⁴⁸.

514. Dès lors, le contrôle souple exercé par la Cour de justice apparaît comme une conciliation entre la nécessité de vérifier que les institutions communautaires respectent leur « mandat » – qui est d'établir le marché intérieur – et le souci de tenir compte des spécificités des législations communautaires par rapport aux législations nationales.

515. Le législateur communautaire dispose donc d'une certaine marge de manœuvre pour redéfinir le rapport entre la libéralisation des échanges et la protection des intérêts de nature non économique voulues par le traité.

A cette compétence, s'ajoute la faculté, prévue par le traité, d'autoriser les Etats à maintenir ou introduire des dispositions nationales dérogeant aux mesures d'harmonisation.

¹⁹⁴⁶ Elle peut également trouver sa source dans la fragmentation du marché (v. par ex, les directives imposant l'utilisation, sur les marchandises, des langues des Etats de commercialisation, citées *supra*). Mais cela n'est pas nécessaire pour conclure à l'existence d'une entrave.

¹⁹⁴⁷ J. SNELL, "Who's got the Power...", préc., p. 346.

¹⁹⁴⁸ J. SNELL, "Who's got the Power...", préc., pp. 349-350. L'auteur perçoit dans l'attitude de la Cour le souci de respecter la séparation des pouvoirs, d'une part, et de ne pas imposer un ordre économique ultra-libéral, d'autre part.

§3. Des procédures d'autorisation spécifiques prévues par le TFUE

516. Aux termes de l'article 114, §§ 4 et 5 TFUE, un Etat membre peut, suite à l'adoption d'une mesure d'harmonisation, maintenir ou introduire des dispositions dérogatoires. Cette faculté est néanmoins strictement encadrée puisque l'Etat doit respecter des conditions de fond et de forme¹⁹⁴⁹ et est soumis à un double filtre : celui, obligatoire, de la Commission, et celui des juridictions communautaires, en cas de recours.

517. Concernant les conditions de fond, l'article 114 exige, d'abord, que les mesures dérogatoires soient justifiées. Les justifications admises sont limitativement énumérées et varient selon que l'Etat souhaite simplement maintenir certaines dispositions nationales – hypothèse prévue au §4 de l'article 114 – ou cherche à introduire de nouvelles mesures – hypothèse prévue au §5.

Dans le premier cas, l'Etat doit démontrer que le maintien de sa réglementation antérieure est justifiée par l'un des motifs énumérés à l'article 36 TFUE – c'est-à-dire la protection de la moralité publique, de l'ordre public, de la sécurité publique, de la santé, des trésors nationaux ou encore de la propriété industrielle et commerciale – ou par la protection de l'environnement ou du milieu du travail.

Dans le second cas, l'introduction de mesures doit être basée sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail. L'Etat doit, en outre, démontrer que le problème traité est spécifiquement national, c'est-à-dire qu'il ne « *se pose pas dans des termes globalement analogues dans l'ensemble des Etats membres* »¹⁹⁵⁰, et qu'il a surgi postérieurement à l'adoption de la mesure d'harmonisation¹⁹⁵¹.

A cette exigence de justification s'ajoutent des conditions « négatives » : les mesures maintenues ou adoptées par les Etats ne doivent pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres et elles ne

¹⁹⁴⁹ V. à ce propos, S. RODRIGUES, « Article 95 CE », in I. PINGEL (dir.), *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, Paris, Dalloz, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2010, p. 817, spéc. pp. 828-830.

¹⁹⁵⁰ TPICE, 27 juin 2007, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. T-182/06, *Rec.* p. II-1983, pt 63. Toutefois, « *il n'est pas nécessaire [que le problème] résulte d'un risque [...] existant sur le territoire de ce seul Etat* » (pt 65 de l'arrêt).

¹⁹⁵¹ V. par ex. la décision de la Commission du 3 mai 2006 concernant un projet de dispositions nationales notifié par le Royaume des Pays-Bas au titre de l'article 95, § 5, du traité CE et fixant des limites d'émission de particules par des véhicules à moteur diesel (JO L 142, p. 16). En l'espèce, la Commission a considéré que la seconde condition – l'existence d'un problème spécifique de l'Etat membre – n'était pas remplie.

doivent pas entraver le fonctionnement du marché intérieur. La première de ces conditions fait écho à la seconde phrase de l'article 36 TFUE¹⁹⁵² : que l'Etat déroge au droit primaire ou au droit dérivé, il doit le faire de bonne foi, afin de préserver un intérêt non économique essentiel¹⁹⁵³. Il ne saurait donc employer les dérogations prévues pour se protéger économiquement. Cette condition renvoie également à une exigence de proportionnalité, l'Etat devant veiller à ne maintenir ou n'introduire que des mesures strictement nécessaires pour atteindre les objectifs allégués¹⁹⁵⁴.

La seconde de ces conditions interpelle davantage : la mesure nationale ne doit pas constituer une entrave au fonctionnement du marché intérieur. Or, compte tenu de la définition jurisprudentielle très large de la notion d'entrave¹⁹⁵⁵, il est loisible de se demander quelle mesure un Etat peut maintenir ou introduire. Par essence, les mesures nationales visées à l'article 114 §§ 4 et 5 sont des mesures qui vont diverger de la mesure d'harmonisation applicable dans les autres Etats et vont donc faire obstacle au principe de la reconnaissance mutuelle. En ce sens, elles constituent, sauf exception¹⁹⁵⁶, une restriction à la libre circulation. Aussi faut-il comprendre, comme l'a souligné la Commission dans sa pratique décisionnelle, que les dispositions litigieuses ne doivent pas constituer une entrave disproportionnée¹⁹⁵⁷.

518. L'Etat est également tenu de respecter certaines conditions procédurales : toute dérogation – qu'il s'agisse du maintien d'une mesure ou de l'introduction de nouvelles dispositions – doit être notifiée à la Commission. Aux termes du §6 de l'article 114 TFUE, celle-ci dispose alors d'un délai de 6 mois pour approuver ou rejeter les dispositions

¹⁹⁵² Aux termes de cette disposition, les interdictions ou restrictions qui pourraient être justifiées par l'un des motifs énumérés « *ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres* ». Pour de plus amples développements sur cette exigence, v. titre 2, de la présente partie, *infra*.

¹⁹⁵³ Pour le professeur PICOD, cette exigence constitue une expression spécifique de l'obligation de loyauté figurant à l'article 5 du traité CEE (devenu article 4, §3 TFUE) (F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, *op. cit.*, p. 408).

¹⁹⁵⁴ Cette interprétation ressort de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la seconde phrase de l'article 36 TFUE (v. par ex. CJCE, *Commission c/ Allemagne*, aff. 178/84, préc., pt 44) et peut être étendue à l'article 114, §6 TFUE.

¹⁹⁵⁵ V. 1^{ère} partie, titre 2, *supra*.

¹⁹⁵⁶ *Id.*

¹⁹⁵⁷ V. not. le pt 46 de la décision de la Commission du 3 mai 2006 concernant un projet de dispositions nationales notifié par le Royaume des Pays-Bas au titre de l'article 95, § 5, du traité CE, préc.

nationales¹⁹⁵⁸. A défaut de décision dans ce délai, les mesures notifiées sont réputées approuvées. L'Etat ne saurait, toutefois, les mettre en œuvre avant l'expiration de ce délai tant que l'institution ne s'est pas prononcée¹⁹⁵⁹.

519. Les mesures nationales visées par les §§ 4 et 5 de l'article 114 TFUE ainsi que les décisions de la Commission prises dans le cadre de ces procédures sont soumises au contrôle des juridictions communautaires. La Cour de justice de l'Union européenne peut, notamment, être directement saisie d'un recours en manquement si la Commission ou un Etat membre estime qu'un autre Etat membre fait un usage abusif des pouvoirs prévus par l'article 114 TFUE¹⁹⁶⁰. Le Tribunal, puis, sur pourvoi, la Cour de justice, peuvent également être saisis d'un recours en annulation des décisions de la Commission. Dans ce cadre, les juridictions communautaires, tout en affirmant le large pouvoir d'appréciation dont dispose la Commission en la matière, vérifient que celle-ci a correctement motivé sa décision, que cette dernière soit positive ou négative. En conséquence, la Commission n'est pas libre d'approuver des dispositions nationales sans avoir procédé à sa propre appréciation des objectifs poursuivis et de la nécessité des mesures prises dans ce contexte¹⁹⁶¹. A l'inverse, elle ne saurait rejeter la demande d'un Etat sans avoir respecté les garanties procédurales conférées par l'ordre juridique communautaire¹⁹⁶².

520. En pratique il ne semble pas que les Etats aient souvent recours aux possibilités de dérogation offertes par l'article 114 TFUE, la Commission adoptant assez peu de décisions chaque année¹⁹⁶³. Le compromis atteint en amont lors de la négociation des mesures d'harmonisation, qui implique une adhésion préalable des Etats à ces mesures, ainsi que

¹⁹⁵⁸ Ce délai a été introduit par le traité d'Amsterdam. L'absence de limite temporelle à l'intervention de la Commission auparavant a pu, en effet, poser certaines difficultés (v. CJCE, 1^{er} juin 1999, *Kortas*, aff. C-319/97, *Rec.* p. I-3143). La Commission peut décider de proroger ce délai dans les conditions fixées au §6 de l'article 114 TFUE (v. par ex. la décision du 3 novembre 2009 relative au projet de décret législatif régional déclarant la région autonome de Madère zone exempte d'organismes génétiquement modifiés, notifié par la République portugaise conformément à l'article 95, paragraphe 5, du traité CE (JO L 294, p. 16)).

¹⁹⁵⁹ CJCE, 17 mai 1994, *France c/ Commission* (« pentachlorophénol »), aff. C-41/93, *Rec.* p. I-1829, pt 30.

¹⁹⁶⁰ Article 114, §9 TFUE.

¹⁹⁶¹ V. CJCE, *pentachlorophénol*, aff. C-41/93, préc., pts 34-37.

¹⁹⁶² V. not. CJCE, 6 novembre 2008, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. C-405/07 P, p. *Rec.* p. I- 8301 (annulation d'une décision de la Commission pour violation de son devoir de diligence et de son obligation de motivation).

¹⁹⁶³ Une seule décision – négative – au titre de l'article 114, §5 TFUE recensée sur eur-lex, par exemple, en 2012 (décision de la Commission du 17 octobre 2012 concernant les dispositions nationales relatives à la teneur maximale admissible en cadmium des engrais notifiées par le Royaume de Suède au titre de l'article 114, paragraphe 5, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO L 326, p. 19)).

l'existence de clauses de sauvegarde dans les actes communautaires¹⁹⁶⁴ expliquent sans doute ce phénomène.

Conclusion du titre

521. L'intervention du Congrès peut donc conduire le juge à une solution inverse de celle à laquelle il serait parvenu s'il avait apprécié la réglementation soumise à son contrôle à l'aune des exigences de la *dormant commerce clause*. Une mesure en contrariété avec une législation fédérale, est, en vertu du principe de primauté, inapplicable, et ce même si elle ne viole aucune disposition constitutionnelle, dont la clause de commerce. A l'inverse, si le législateur fédéral autorise explicitement une réglementation, même contraire à la *dormant commerce clause*, celle-ci ne peut être déclarée inconstitutionnelle. Ce n'est donc que dans le silence du Congrès, que la *dormant commerce clause* retrouve tout son empire et que le juge procède à un examen des mesures étatiques directement au regard de la Constitution.

522. Le juge communautaire n'a pas suivi le même chemin que la Cour Suprême. Certes, comme le juge américain, il procède, avant toute chose, à une analyse des réglementations nationales au regard des législations communautaires. Il n'a toutefois pas consacré une compétence absolue du législateur communautaire, puisque celui-ci demeure soumis aux contraintes du traité, tant dans sa philosophie générale – intégration des marchés – que dans ses dispositions spécifiques, notamment celles relatives aux libertés de circulation.

523. Cette différence d'approche entre les juridictions américaine et communautaire est, comme nous avons cherché à le démontrer, révélatrice d'une conception différente des libertés de circulation¹⁹⁶⁵.

524. Dans l'Union européenne, les libertés de circulation sont, notamment, conçues comme

¹⁹⁶⁴ V. *supra*, §1 de la présente section.

¹⁹⁶⁵ Pour une explication alternative de cette différence, fondée sur le degré de participation différent des Etats au processus décisionnel de l'Union, v. K. LENAERTS, "Constitutionalism...", préc., pp. 258 et s.

des droits accordés aux opérateurs économiques¹⁹⁶⁶. Dans cette perspective, il est peu pertinent d'opérer une distinction selon l'origine de l'entrave : l'atteinte est en grande partie la même, que la mesure dommageable soit le fait d'un Etat ou des institutions communautaires¹⁹⁶⁷. Dès lors, si les destinataires premiers des interdictions édictées par le traité sont les Etats, les institutions communautaires ne sont, néanmoins, pas autorisées à s'affranchir des contraintes du droit primaire. Certes, le juge exerce un contrôle plus lâche à l'égard des réglementations communautaires qu'à l'égard des réglementations étatiques. Toutefois, si le degré du contrôle diverge selon l'origine de l'entrave, l'existence même d'un contrôle des restrictions communautaires révèle la volonté de la Cour d'interpréter les dispositions du traité de manière à garantir l'intégration des marchés et à protéger des droits individuels à la libre circulation.

525. Aux Etats-Unis, l'interdiction faite aux Etats d'entraver le commerce interétatique est, en revanche, la conséquence de la répartition des compétences opérée par la Constitution. Seul le Congrès peut organiser le commerce interétatique et les Etats violent la clause de commerce lorsqu'ils empiètent sur la compétence fédérale. Aussi, et contrairement au droit communautaire, cette interdiction résulte moins d'une obligation constitutionnelle adressée aux Etats « de ne pas faire » que de la nécessité de préserver la compétence fédérale. Ceci explique la compétence souveraine du Congrès pour adopter des mesures affectant le commerce entre les Etats ainsi que pour autoriser les Etats à adopter ou maintenir des mesures protectionnistes. Comme le souligne certains auteurs, cette faculté du législateur fédéral de faire échec à la *dormant commerce clause* montre que cette disposition ne peut être lue comme attribuant un droit aux opérateurs économiques¹⁹⁶⁸. Cela montre également que la clause de commerce est, contrairement aux clauses attributives de compétence relatives au marché intérieur dans le TFUE, fonctionnellement neutre : l'action du Congrès n'est pas constitutionnellement subordonnée à la réalisation d'un quelconque objectif d'intégration.

526. En pratique, les conséquences de ces différentes approches doivent sans doute être

¹⁹⁶⁶ En ce sens, v. CJCE, 11 décembre 2007, *The International Transport Workers Federation et the Finnish Seamen's Union (« Viking Line »)*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10779, pt 58 : « le fait que certaines dispositions du traité sont formellement adressées aux États membres n'exclut pas que des droits puissent être conférés simultanément à tout particulier intéressé à l'observation des obligations ainsi définies ».

¹⁹⁶⁷ Ceci explique également que les comportements de personnes privées puissent être sanctionnés au titre d'une atteinte aux libertés de circulation alors même que le texte du traité ne vise que les comportements des personnes publiques (v. par ex. CJCE, *Viking Line*, aff. C-438/05, préc.).

¹⁹⁶⁸ V. par ex. R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., p. 115 ; N. R. WILLIAMS, "Why Congress May Not 'Overrule'...", préc. pp. 194 et s.

relativisées. Certes, contrairement à la Cour de justice, le juge américain ne vérifie pas que les actes du législateur fédéral permettent l'intégration des marchés. Il apparaît, cependant, que le Congrès a fait, sans doute en vertu de la culture libérale américaine, un usage de sa compétence généralement conforme aux principes du libre échange, même s'il n'y était pas tenu juridiquement. Inversement, le contrôle de la Cour de justice, dans la mesure où il s'est effectué à la marge, n'a pas obligé le législateur communautaire à sacrifier les intérêts généraux non économiques sur l'autel du libéralisme. Aussi, que ce soit aux Etats-Unis ou dans l'Union européenne, le législateur supra-étatique poursuit une pluralité d'objectifs qui peut le conduire tant à libéraliser certaines activités économiques qu'à restreindre la circulation interétatique des biens, personnes et services.

Titre 2 – Le contrôle immédiat :

l’entrave à l’aune des exigences

« constitutionnelles »

527. Dès lors que les autorités « centrales » ne sont pas intervenues pour réglementer une question donnée, il appartient aux Etats d’adopter les mesures qu’ils jugent appropriées pour protéger un intérêt légitime¹⁹⁶⁹. L’exercice de cette compétence est cependant susceptible d’être soumis au contrôle des juridictions dès lors qu’une violation des dispositions du TFUE ou des normes constitutionnelles américaines garantissant les libertés de circulation est alléguée.

528. Ce contrôle, dit de proportionnalité dans l’Union européenne et de *balancing test* aux Etats-Unis¹⁹⁷⁰, consiste de la part du juge à mettre en balance l’importance des intérêts étatiques en jeu et la gravité de l’entrave que comporte la mesure adoptée. Il se compose donc de deux grandes phases, communes aux juridictions américaine et européenne : une phase d’identification des objectifs poursuivis par les Etats et leurs collectivités et une phase de confrontation des avantages et inconvénients des réglementations étatiques et locales.

529. Mais avant d’analyser davantage les mécanismes de ce contrôle, deux observations liminaires s’imposent.

Premièrement, il convient d’indiquer que l’existence même d’un contrôle de proportionnalité

¹⁹⁶⁹ En ce sens, v. par ex. *Washington State Apple Advertising Comm’n*, 432 U.S., préc., p. 350 aux Etats-Unis ; CJCE, *Vinaigre I*, aff. 788/79, préc., pt 5 dans l’UE. Sur la notion d’intérêt légitime, v. *infra*.

¹⁹⁷⁰ On peut estimer que ce test trouve ses sources dans l’opinion dissidente du juge STONE dans l’affaire *DiSanto*, 273 U.S., préc., p. 44 (en ce sens, v. B. P. DENNING, “Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine”, préc., pp. 443 et s.). V. également *Southern Pacific Railway*, 325 U.S., préc., pp. 770-771. Il n’a cependant été clairement formulé qu’à partir de l’arrêt *Pike*. V. également *Minnesota v. Barber*, 136 U.S. 313 (1890).

des mesures affectant le commerce interétatique a fait l'objet de débats aux Etats-Unis¹⁹⁷¹. Certains auteurs, en particulier le professeur REGAN¹⁹⁷², ont défendu l'idée que la Cour Suprême, contrairement à ses allégations, n'effectuait pas de réel *balancing test* mais se prononçait au regard des seuls buts poursuivis par le législateur étatique. Une mesure poursuivant un intérêt légitime serait ainsi *per se* conforme à la Constitution, tandis qu'une mesure au but protectionniste serait invariablement inconstitutionnelle. Si l'étude de la jurisprudence conduit effectivement à s'interroger à cet égard¹⁹⁷³, cette thèse apparaît, néanmoins, trop radicale dans la mesure où les juges de Washington, à l'exception de quelques uns¹⁹⁷⁴, ont pris l'habitude de recourir au *balancing test* pour apprécier les atteintes à la *dormant commerce clause*¹⁹⁷⁵. C'est pourquoi, nous considérerons, pour notre part, que la Cour Suprême des Etats-Unis effectue réellement un contrôle de proportionnalité, même si celui-ci peut s'avérer, dans certaines affaires, très superficiel¹⁹⁷⁶.

Deuxièmement, il importe de rappeler que, dans l'Union américaine comme dans l'Union européenne, toutes les violations des dispositions ayant trait à l'intégration des marchés ne font pas l'objet d'un contrôle de proportionnalité. Certaines interdictions sont, en effet, absolues et leur transgression emporte automatiquement la condamnation de l'Etat, nonobstant la légitimité des objectifs qu'il poursuit. Ainsi, les Etats ont perdu toute compétence pour imposer des droits de douane et taxes d'effet équivalent. La constatation, par une juridiction, qu'un Etat a recouru à un tel instrument achève donc son contrôle¹⁹⁷⁷.

530. Le test de proportionnalité n'est donc déployé qu'à l'égard des mesures faisant l'objet d'une interdiction relative. A l'égard de telles mesures, les juridictions examinent les justifications avancées par les Etats et procèdent, pour reprendre les termes de l'avocat général BOT, « à une pondération d'intérêts entre les préoccupations liées à la réalisation du

¹⁹⁷¹ Par une importante partie de la doctrine, d'une part, mais également par certains juges mêmes de la Cour Suprême, d'autre part (v. par ex. l'opinion séparée du juge SCALIA dans l'arrêt *Bendix Autolite Corp.*, 486 U.S., préc., pp. 895 et s.).

¹⁹⁷² V. par ex. D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", préc., p. 1091.

¹⁹⁷³ Pour de plus amples développements sur ce point, v. *infra*, chapitre 2 du présent titre.

¹⁹⁷⁴ V. not. les positions, discutées au chapitre 2, section 2, §2, B, 2 du présent titre, *infra*, des juges SCALIA et THOMAS dans les arrêts relatifs à la *dormant commerce clause*.

¹⁹⁷⁵ V. en ce sens, R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., p. 118.

¹⁹⁷⁶ V. chapitre 2, § 1 du présent titre, *infra*.

¹⁹⁷⁷ V. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 1 et 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, § 2, *supra*.

*marché intérieur et la protection des intérêts légitimes des Etats [...] »*¹⁹⁷⁸. Cette démarche du juge européen reflète donc cette idée de *balancing test* employée par le juge américain.

531. Ce schéma général se divise en deux branches selon que la mesure examinée est discriminatoire ou indistinctement applicable¹⁹⁷⁹. Cette *summa divisio* joue toutefois un rôle à des stades différents de l'analyse des juges américains et communautaires. Dans la jurisprudence communautaire, la qualification de la mesure – discriminatoire ou indistinctement applicable – détermine, en principe, les motifs invocables par l'Etat. En effet, la liste des justifications demeure ouverte à l'égard des mesures indistinctement applicables, tandis que seules les exceptions figurant dans le traité permettent, formellement, de justifier une mesure discriminatoire. La Cour de justice applique, en revanche, le même test de proportionnalité aux mesures discriminatoires et aux mesures indistinctement applicables. Aux Etats-Unis, la qualification de la mesure n'emporte aucune conséquence quant aux justifications invocables par les Etats. Elle se révèle, toutefois, nécessaire au stade du *balancing test* puisque la Cour Suprême a développé deux tests de proportionnalité, l'un pour les mesures discriminatoires, l'autre pour les mesures indistinctement applicables.

532. L'analyse des jurisprudences tant européenne qu'américaine révèle cependant que cette présentation est partiellement inexacte en ce que la distinction entre les deux catégories de mesures est loin d'être aussi nette. La Cour de justice n'a, en effet, pas toujours suivi cette ligne de raisonnement lors de l'examen des justifications des Etats ; de même que la Cour Suprême n'a pas appliqué strictement les deux tests qu'elle a énoncés.

533. *In fine*, c'est davantage au stade du résultat du contrôle que cette distinction s'est avérée décisive : une mesure discriminatoire a peu de chance d'être déclarée conforme à la Constitution américaine ou au TFUE. L'absence de discrimination n'a, en revanche, pas le même effet dans la jurisprudence américaine et dans la jurisprudence européenne. Cet élément n'empêche pas la Cour de justice de conclure à une violation du traité. Au contraire, les juridictions américaines sanctionnent très rarement les mesures indistinctement applicables.

534. Les développements suivants s'articulent donc autour de ce fil conducteur qu'est la qualification de la mesure. Partant des intérêts invocables par les Etats (chapitre 1) puis

¹⁹⁷⁸ Pt 110 des conclusions de l'avocat général BOT sous l'arrêt CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, préc.

¹⁹⁷⁹ Si l'analyse des juridictions se noue autour de cette distinction, rappelons, dès à présent, qu'il n'existe pas de barrière étanche entre ces deux catégories de mesures puisqu'une réglementation peut être indistinctement applicable en droit et discriminatoire dans les faits (voir 1^{ère} partie, titre 1, section 2, § 1, C, *supra*). Cette zone grise pose évidemment un certain nombre de difficultés (v. not. *infra*, chapitre 1, section 2, § 2, A du présent titre).

examinant le contrôle de proportionnalité (chapitre 2), nous verrons dans quelle mesure cette qualification influence l'analyse juridictionnelle.

Chapitre 1 – Une admission large des intérêts

étatiques

535. Les rédacteurs du traité CEE se sont efforcés d'établir des listes exhaustives d'intérêts étatiques permettant de justifier des atteintes aux libertés de circulation. En revanche, tel n'a pas été le cas des rédacteurs de la Constitution américaine qui, n'ayant pas interdit aux Etats d'entraver le commerce interétatique, n'avaient, logiquement, pas de raison d'énumérer les champs de compétence étatique permettant de faire obstacle à l'intégration des marchés. En pratique, toutefois, les jurisprudences américaines et communautaires se sont largement rejointes en ce que les juges du Kirchberg ont accepté, sous certaines réserves, d'examiner tous les objectifs allégués par les Etats¹⁹⁸⁰ (section 2). Ce principe d'admission compréhensive des intérêts étatiques souffre néanmoins d'une exception notable : les Etats ne peuvent, *a priori*, invoquer leur intérêt économique propre pour s'opposer à l'intégration des marchés puisqu'une telle justification constitue la définition même du protectionnisme économique (section 1).

¹⁹⁸⁰ En ce sens, v. V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 202 : « La Cour n'a jamais refusé d'ériger en intérêts dignes de protection les intérêts mis en avant par les Etats membres. Concrètement, la censure n'intervient pas lors de la reconnaissance des objectifs poursuivis, mais au niveau des moyens aptes pour y parvenir ». Ce constat vaut également pour la jurisprudence américaine (v. *infra*).

Section 1 – L'exclusion relative des objectifs de nature économique, corollaire de l'interdiction du protectionnisme économique

536. Aux Etats-Unis, comme dans l'Union européenne, les juges ont, en principe, exclu que les Etats puissent invoquer leurs intérêts économiques pour justifier les réglementations restrictives du libre-échange¹⁹⁸¹. Cette exclusion se comprend aisément : dans le cadre d'un marché intérieur reposant sur la solidarité des participants, les Etats ne sauraient s'isoler des difficultés économiques communes. Cette exclusion répond donc à l'objectif premier de l'intégration négative des marchés : celui de supprimer toutes les protections qui fragmentent le grand marché¹⁹⁸².

537. Des différences apparaissent toutefois entre les jurisprudences américaine et communautaire.

538. D'une part, le vocabulaire employé diverge. La Cour Suprême a, pour sa part, toujours pris soin de préciser si l'objectif allégué était protectionniste ou légitime, soulignant ainsi que l'exclusion des motivations économiques reposait sur la lutte contre le protectionnisme. En revanche, la Cour de justice n'a pas fait ressortir ce lien entre l'examen des objectifs et la lutte contre le protectionnisme, préférant s'en tenir à un vocabulaire plus neutre en apparence¹⁹⁸³. Ainsi, là où les juges de Washington prohibent les objectifs « protectionnistes », les juges de Luxembourg interdisent les objectifs « purement économiques »¹⁹⁸⁴. Cette différence a cependant peu de conséquences pratiques puisque le même esprit anime les deux juridictions : le seul intérêt économique d'un Etat ne saurait suffire à justifier une entrave à la circulation des marchandises, des personnes et des services. La Cour de justice a, néanmoins, été amenée à affiner sa jurisprudence en précisant ce qu'elle entendait par objectif « purement économique », tandis que la Cour Suprême est, de manière générale, demeurée plus floue sur

¹⁹⁸¹ Le principe apparaît très tôt dans la jurisprudence communautaire : v. CJCE, 19 décembre 1961, *Commission c/ Italie*, aff. 7/61, *Rec.* p. 635. Aux Etats-Unis, il est rapidement apparu dans la jurisprudence que les pouvoirs de police ne comprenaient pas les objectifs de nature protectionniste. V. par ex. *Buck v. Kuykendall*, 267 U.S. 307 (1925).

¹⁹⁸² V. à ce propos titre 1 chapitre 1 de la 1^{ère} partie, *supra*.

¹⁹⁸³ *Id.*

¹⁹⁸⁴ V. par ex. CJCE, 0800 *DocMorris*, aff. C-322/01, préc., pt 122 ; CJCE, *CIBA*, aff. C-96/08, préc., pt 48.

la notion d'objectif protectionniste¹⁹⁸⁵ (§1).

539. D'autre part, cette exclusion des justifications économiques a connu un important tempérament dans la jurisprudence américaine, la Cour Suprême autorisant les Etats fédérés à privilégier leurs citoyens et entreprises lorsqu'ils interviennent directement sur les marchés en tant qu'opérateur économique. En effet, seules les interventions normatives des Etats sont soumises aux exigences de la clause de commerce (§2).

§ 1. Le principe : l'exclusion des objectifs économiques

540. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour Suprême des Etats-Unis, les Etats ne sauraient faire obstacle à la circulation des marchandises, personnes et services pour des motifs liés à leur économie.

541. Parmi ces motifs, certains présentent un caractère manifestement protectionniste et sont automatiquement écartés par les juridictions, sans donner lieu à débat (A). D'autres objectifs, en revanche, tout en présentant une dimension économique, touchent également d'autres intérêts de la société. Confrontées à des motifs de cette nature, les juridictions ont dû tempérer leurs positions (B).

A. Les objectifs purement économiques

542. Tant aux Etats-Unis que dans l'Union européenne, les Etats ne peuvent justifier une législation restrictive des libertés de circulation par leurs seuls intérêts économiques. Toute finalité « consubstantiellement protectionniste », pour reprendre les termes employés par M. DE WOLF¹⁹⁸⁶, implique donc l'inconstitutionnalité ou l'inconventionnalité des mesures étatiques, sans qu'il soit nécessaire de procéder à « *l'examen et [à] la pondération des intérêts étatiques et fédéraux en présence* »¹⁹⁸⁷.

A cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne emploie une formule constante : des

¹⁹⁸⁵ Moins qu'une question de rigueur, le nombre beaucoup plus réduit d'affaires explique très certainement que la Cour Suprême n'ait pas été plus précise sur la qualification de l'objectif.

¹⁹⁸⁶ M. de WOLF, *Souveraineté fiscale...*, op. cit., p. 170. V. dans le même sens, P. OLIVER, *Free movement of goods...*, op. cit., pt 8.22.

¹⁹⁸⁷ F. MAUPAIN, *L'intégration économique et l'intégration juridique...*, op. cit., p. 167.

objectifs « de nature purement économique » ne peuvent être invoqués par les Etats¹⁹⁸⁸. Par ailleurs, au-delà des objectifs allégués par les Etats, la Cour recherche si les véritables motivations des législateurs nationaux ne sont pas de nature protectionniste, en s'appuyant notamment sur la seconde phrase de l'article 36 TFUE, qui exige que les interdictions et restrictions à la libre circulation des marchandises ne constituent « *ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres* ». En effet, selon la Cour, cette disposition « *a pour but d'empêcher que les restrictions aux échanges fondées sur les motifs indiqués à la première phrase de l'article 36 ne soient détournées de leur fin et utilisées de manière à établir des discriminations à l'égard des marchandises originaires d'autres Etats-membres, ou à protéger indirectement certaines productions nationales* »¹⁹⁸⁹. La seconde phrase de l'article 36 TFUE a donc principalement pour rôle de distinguer les mesures réellement motivées par l'intérêt général de celles qui, sous couvert de protéger un intérêt légitime, sont en réalité le fruit d'une volonté protectionniste¹⁹⁹⁰.

La Cour Suprême s'emploie, pour sa part, à détecter les objectifs « discriminatoires » (« *discriminatory purpose* »)¹⁹⁹¹ ou « protectionnistes »¹⁹⁹². En pratique, ces deux catégories se rapprochent substantiellement de la catégorie « objectif purement économique » identifiée par la Cour de justice de l'Union européenne.

543. Dans ce cadre, les deux juridictions ont jugé inconstitutionnelles, sans que cela prête à discussion, toutes les réglementations visant à conférer un avantage concurrentiel aux opérateurs étatiques par rapport aux opérateurs d'autres Etats de l'Union¹⁹⁹³.

Dans l'Union européenne, la Cour de justice a, par exemple, constaté qu'une mesure fiscale française qui incitait les entreprises de presse à faire fabriquer leurs imprimés en France plutôt

¹⁹⁸⁸ CJCE, 5 juin 1997, *Ergasias*, aff. C-398/95, *Rec.* p. I-3091 ; CJCE, *TK-Heimdienst*, aff. C-254/98, *préc.*, pt 33 ; CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-463/00, *préc.*, pt 35 ; CJUE, *Yellow Cab*, aff. C-338/09, *préc.*, pt 51 ; CJUE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-400/08, *préc.*, pt 74.

¹⁹⁸⁹ CJCE, 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, aff. 34/79, *Rec.* p. 3795, pt 21.

¹⁹⁹⁰ V. not. en ce sens, C. VIAL, *Protection de l'environnement...*, *op. cit.*, pp. 174 et s. ; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, *op. cit.*, p. 882. Pour de plus amples développements sur cette fonction de l'article 36, §2 TFUE, v. chapitre 2, section 2, §2, B, 1 du présent titre, *infra*.

¹⁹⁹¹ V. par ex. *Bacchus Imports Ltd.*, 468 U.S., *préc.*, p. 270 ; *Chemical Waste Management, Inc.*, 504 U.S., *préc.*, p. 344. V. à ce propos, V. M. A. LAWRENCE, "Toward a more coherent dormant clause...", *préc.*, p. 395 ; D. COENEN, *The Commerce Clause*, *op. cit.*, pp. 239 et s. ; D. DAY, "The Expanded Concept of Facial Discrimination...", *préc.*, pp. 502 et s.

¹⁹⁹² *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S., *préc.*, p. 664.

¹⁹⁹³ A ce propos, v. E. STEIN and T. SANDALOW, "On the two systems...", *op. cit.*, p. 29.

que dans d'autres Etats membres devait être qualifiée de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation¹⁹⁹⁴. Le même principe a été retenu en matière de libre prestation de services ou de liberté d'établissement. Ainsi, une mesure fiscale ne peut avoir pour objet d'inciter à investir sur le sol national en défavorisant les investissements opérés dans d'autres Etats membres¹⁹⁹⁵.

Plus généralement, les juges de Luxembourg assimilent à un objectif « purement économique », la protection des entreprises nationales¹⁹⁹⁶.

544. Les mesures visant à avantager les entreprises nationales sont également sanctionnées aux Etats-Unis. La promotion de l'industrie locale est, en effet, selon la Cour Suprême, un objectif discriminatoire¹⁹⁹⁷. Sur ce fondement, elle a déclaré inconstitutionnelle une réglementation de l'Etat de New-York imposant un prix minimal pour le lait dans l'arrêt *Baldwin v. G.A.F. Seelig, Inc.*¹⁹⁹⁸. En l'espèce, la Cour Suprême a établi que l'objectif poursuivi par l'Etat était d'isoler les producteurs locaux de lait de la concurrence des producteurs d'autres Etats et a jugé qu'un tel objectif n'était pas admissible. De même, dans l'affaire *C&A Carbone, Inc.*¹⁹⁹⁹, l'opinion majoritaire a constaté que la ville de Clarkstown, en obligeant les entreprises de ramassage des déchets à transporter ceux-ci auprès de la station de traitement locale, avait seulement cherché à avantager une entreprise en particulier sur toutes les autres²⁰⁰⁰.

Par ailleurs, la Cour Suprême considère que des mesures visant à favoriser les consommateurs locaux par rapport aux consommateurs d'autres Etats doivent, au même titre que les mesures avantageant les opérateurs économiques locaux, être déclarées inconstitutionnelles²⁰⁰¹. Ainsi, un Etat ne peut accorder à ses résidents, en raison de cette seule qualité, un droit d'accès

¹⁹⁹⁴ CJCE, 7 mai 1985, *Commission c/ France*, aff. 18/84, *Rec.* p. 1339, pt 16.

¹⁹⁹⁵ CJCE, 8 juillet 1999, *Baxter e.a.*, aff. C-254/97, *Rec.* p. I-4809 ; CJCE, *Persche*, aff. C-318/07, *préc.*

¹⁹⁹⁶ V. par ex. CJCE, *Finalarte e.a.*, aff. jtes C-49, 50/98, 52 à 54 et 68 à 71/98, *préc.*, pt 39 ; CJCE, 14 décembre 2006, *Commission c/ Autriche*, aff. C-257/05, *Rec.* p. I-134* (Pub. Somm.), pt 31.

¹⁹⁹⁷ V. par ex. *Metropolitan Life Ins. Co.*, 470 U.S., *préc.*, p. 878 (“[State’s] aim to to promote domestic industry is purely and completely discriminatory”).

¹⁹⁹⁸ *Seelig*, 294 U.S. 511, *préc.*

¹⁹⁹⁹ *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S. 383, *préc.*

²⁰⁰⁰ Sur cette affaire, v. en particulier, le titre 2, chapitre 2, section 2, §1 de la 1^{ère} partie et le titre 1, chapitre 1, section 2, §2, de la présente partie, *supra*.

²⁰⁰¹ *New England Power Co.*, 455 U.S. 331, *préc.* ; *Brown-Forman Distillers Corp.*, 476 U.S. 573, *préc.* ; *Oregon Waste Sys., Inc.*, 511 U.S. 93, *préc.*

préférentiel aux ressources naturelles se trouvant sur son territoire²⁰⁰².

545. Cette interdiction des mesures motivées par la volonté de protéger ou d'avantager les économies locales justifie, logiquement, la suspicion des deux juridictions à l'égard des mesures destinées, selon les Etats, à lutter contre la concurrence déloyale²⁰⁰³.

546. Apparaissent également comme étant de nature purement économique ou discriminatoire, les mesures motivées par l'intérêt financier des Etats.

Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a, par principe, exclu que les Etats puissent se fonder sur des contraintes budgétaires pour justifier des entraves aux libertés de circulation²⁰⁰⁴. Dans l'arrêt *De Peijper*, par exemple, la Cour a jugé que « l'article 36 [TFUE] ne peut pas être invoqué pour justifier des réglementations ou pratiques, même utiles, mais dont les éléments restrictifs s'expliquent essentiellement par le souci de réduire la charge administrative ou les dépenses publiques »²⁰⁰⁵. Les juges de Luxembourg ont itérativement considéré par la suite que « la réduction de recettes fiscales ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général pouvant justifier une mesure en principe contraire à une liberté fondamentale »²⁰⁰⁶. En conséquence, le fait qu'une activité économique permette de dégager des recettes budgétaires – pour financer certaines missions d'intérêt général par exemple – ne constitue pas une justification recevable à une restriction aux libertés de circulation²⁰⁰⁷. Une telle circonstance peut seulement, selon la Cour, constituer l'accessoire bénéfique de

²⁰⁰² V. par ex. *New England Power Co.*, 455 U.S. 331, préc. (à propos de l'électricité produite dans le New Hampshire). V. par exception, *Sporhase*, 458 U.S. 941, préc. : la protection des ressources en eau constitue un objectif de nature à justifier un accès préférentiel des citoyens étatiques. En l'espèce, la mesure a, cependant, été jugée disproportionnée (v. chapitre 2, section 2, §1, A du présent titre, *infra*).

²⁰⁰³ Aux EU, v. par ex. *Hale v. Bimco Trading, Inc.*, 306 U.S. 375 (1939). Dans l'UE, v. par ex. CJCE, *Commission c/ Autriche*, aff. C-257/05, préc.

²⁰⁰⁴ Sous réserve de certains tempéraments : ainsi, les considérations de nature budgétaire permettent, sur le fondement de l'article 106, §2 TFUE, de justifier l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux à certaines entreprises (v. la décision de la Commission du 10 mai 2007 au titre de l'article 86, paragraphe 3, du traité CE, relative aux droits spéciaux octroyés à la Banque Postale, aux Caisses d'Epargne et au Crédit Mutuel pour la distribution des livrets A et bleu (C(2007) 2110 final, pt 148)).

²⁰⁰⁵ CJCE, 20 mai 1976, *De Peijper*, aff. 104/75, *Rec.* p. 613, pt 18.

²⁰⁰⁶ CJCE, 12 décembre 2002, *Lankhorst-Hohorst*, aff. C-324/00, *Rec.* p. I-11779, pt 36 ; CJCE, 6 mars 2007, *Meilicke*, aff. C-292/04, *Rec.* p. I-1835, pt 30 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Tankreederei I SA*, aff. C-287/10, *Rec.* p. I-14233, pt 27. Dans un sens analogue, v. CJUE, *DI VI Finanziaria SAPA di Diego della Valle*, aff. C-380/11, préc., pt 50.

²⁰⁰⁷ V. par ex. CJCE, *Persche*, aff. C-318/07, préc.

législations poursuivant, par ailleurs et à titre principal, des objectifs légitimes²⁰⁰⁸. Certes, la Cour de justice s'est formellement réservée la possibilité de prendre en compte les conséquences budgétaires de la suppression des entraves. Une réglementation restrictive des libertés de circulation pourrait, en effet, être tolérée « *si à défaut [de cette réglementation] [les] charges ou [...] dépenses dépassaient manifestement les limites de ce qui peut être raisonnablement exigé* »²⁰⁰⁹. En pratique cependant, la Cour de justice n'a accepté de prendre en compte cet argument qu'à la condition que les Etats aient préalablement démontré qu'ils poursuivaient des objectifs légitimes²⁰¹⁰.

La Cour Suprême s'est également montrée réservée lorsqu'il apparaissait que des législations visaient à préserver les finances étatiques ou locales ou à maintenir les recettes d'opérateurs économiques locaux. Ainsi, dans l'affaire *C&A Carbone*, relative à l'attribution d'un monopole pour le traitement des déchets, la Cour a indiqué que « *la création de revenus ne constituait pas un intérêt local susceptible de justifier une discrimination à l'encontre du commerce interétatique* »²⁰¹¹. En revanche, elle a considéré que les justifications budgétaires étaient recevables lorsque la mesure soumise à son appréciation était indistinctement applicable²⁰¹².

Par ailleurs, la Cour Suprême a pu affirmer, dans certains arrêts, que l'intérêt des Etats à économiser l'argent était légitime²⁰¹³. Elle a, toutefois, considéré qu'une telle préoccupation

²⁰⁰⁸ La Cour admet que les Etats puissent optimiser les recettes qu'ils tirent de certaines activités. Cette optimisation ne doit toutefois pas apparaître comme la justification principale de réglementations restrictives des libertés de circulation (v. par ex. dans le domaine des jeux de hasard : CJCE, 21 octobre 1999, *Zenatti*, aff. C-67/98, *Rec.* p. I-7289, pt 36 ; CJCE, 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming et Ladbrokes International*, aff. C-258/08, *Rec.* p. I-4757, pt 28).

²⁰⁰⁹ CJCE, *De Peijper*, aff. 104/75, *préc.*, pt 18 ; CJCE, *Deutsches Milch-Kontor I*, aff. C-426/92, *préc.*, pt 39.

²⁰¹⁰ V. *infra*, B. du présent §.

²⁰¹¹ *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S., *préc.*, p. 393. En l'espèce, l'attribution d'un monopole avait été considérée par la municipalité comme la solution la moins onéreuse : l'entreprise attributaire du monopole s'engageait à construire les installations nécessaires à l'activité puis à revendre à un prix attractif ces installations à la municipalité à l'issue du contrat.

²⁰¹² *United Haulers Assn*, 550 U.S., *préc.*, p. 346 : “*While “revenue generation is not a local interest that can justify discrimination against interstate commerce,” [...] we think it is a cognizable benefit for purposes of the Pike test*” (Le *Pike test* désigne le test de proportionnalité employé à l'égard des mesures indistinctement applicables, v. *infra*, chapitre 2, section 1, § 1, A, 2 du présent titre).

²⁰¹³ V. par ex. *Saenz*, 526 U.S., *préc.*, p. 507 (“*the State’s legitimate interest in saving money*”).

ne pouvait justifier une réglementation discriminatoire²⁰¹⁴.

La Cour de justice n'a pas procédé à une telle distinction entre mesures discriminatoires et mesures indistinctement applicables, même s'il apparaît en pratique que les préoccupations budgétaires des Etats conduisent généralement ces derniers à adopter des mesures directement ou indirectement discriminatoires. En conséquence, l'argument a, le plus souvent, été employé par les Etats pour justifier des mesures comportant un élément discriminatoire.

547. D'autres objectifs ont également été rangés dans la catégorie « objectifs protectionnistes » ou « purement économiques » par les deux juridictions.

Comme aux Etats-Unis²⁰¹⁵, l'objectif de « *garantir aux titulaires d'une concession la continuité, la stabilité financière et un rendement correct des investissements réalisés dans le passé* » s'avère être purement économique et, en conséquence, inadmissible²⁰¹⁶. Relève également de cette catégorie l'objectif de « *rationalisation du service rendu aux usagers* », même si la Cour de Luxembourg a hésité à le rattacher à l'objectif légitime de protection des consommateurs²⁰¹⁷.

548. Si, dans les hypothèses précédemment évoquées, la qualification de l'objectif n'a pas réellement prêté à discussion, tel n'est généralement pas le cas. Très souvent, en effet, les législations sont motivées par des objectifs légitimes tout en intégrant les contraintes économiques des Etats. Dans cette hypothèse, la question de l'admissibilité des justifications devient plus délicate à résoudre²⁰¹⁸.

B. Les objectifs « mixtes »

549. Certaines réglementations, tout en ayant incontestablement une dimension économique,

²⁰¹⁴ V. par ex. *Shapiro*, 394 U.S., préc., pp. 634 et s. ; *Memorial Hospital*, 415 U.S. 250, préc. ; *Saenz*, 526 U.S., préc., p. 507. V. toutefois *Martinez v. Bynum*, 461 U.S. 321 (1983) (conformité au 14^{ème} amendement d'une mesure subordonnant la gratuité des études primaires et secondaires à la résidence dans l'Etat). Pour de plus amples développements sur ces arrêts, v. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, § 3, B, *supra*.

²⁰¹⁵ V. *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S. 383, préc.

²⁰¹⁶ CJCE, 13 septembre 2007, *Commission c/ Italie*, aff. C-260/04, *Rec.* p. I-7083, pt 35. V. également, CJCE, *Fabricants raffineurs d'huile de graissage c/ Inter-Huiles*, aff. 172/82, préc., et CJCE, *Dusseldorp*, aff. C-203/96, préc.

²⁰¹⁷ CJCE, *Attanasio Group Srl*, aff. C-384/08, préc., pts 55-56.

²⁰¹⁸ V. en ce sens, R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", préc., p. 74: « *la distinction entre les objectifs protectionnistes et légitimes est claire aux extrêmes mais trouble à la marge. De nombreuses lois ont à la fois des objectifs et effets protectionnistes et légitimes* » ("The distinction between protectionist and police-power purposes is clear at the extremes but murky on the margin. Many laws have both protectionist and police-power purposes and effects").

dépassent cette seule dimension pour toucher des intérêts plus larges de la société²⁰¹⁹. Or, comme l'a relevé le professeur COLLINS, « [l]es lois étatiques ne sont invalidées que si [elles sont] catégoriquement protectionnistes »²⁰²⁰. En présence, d'un objectif « mixte », les juridictions acceptent donc d'étudier davantage les arguments des Etats, même si elles peuvent *in fine* décider d'écarter les justifications alléguées.

550. Plusieurs exemples peuvent être donnés à cet égard.

Ainsi, les réglementations des systèmes de sécurité sociale répondent à des impératifs économiques : les Etats cherchent en effet à préserver leurs ressources publiques. Toutefois, de telles réglementations ne se limitent pas à une logique comptable puisqu'elles visent avant tout à garantir une protection sociale aux citoyens²⁰²¹. Elles affectent donc des intérêts qui nécessitent de la part des juridictions un examen plus attentif, d'autant que l'organisation des systèmes de sécurité sociale relève principalement de la compétence des Etats dans l'Union européenne²⁰²² et de la compétence partagée de la fédération et des Etats fédérés aux Etats-Unis²⁰²³.

C'est pourquoi, la Cour de justice a toujours admis « *qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général* »²⁰²⁴. La Cour exige, néanmoins, la démonstration concrète d'un tel risque et

²⁰¹⁹ V. en ce sens CJCE, *Campus Oil*, aff. 72/83, préc., pt 35 ; *Reeves, Inc.*, 447 U.S. 429, préc. V. également A. ILIOPOULOU, « Entrave et citoyenneté de l'Union », *op. cit.*, pp. 210 et s.

²⁰²⁰ *Id* ("State laws are struck down only when categorically protectionist or nearly so").

²⁰²¹ V. à ce propos, CJCE, *Hartlauer*, aff. C-169/07, préc., pt 49.

²⁰²² Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, le droit de l'UE « ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leur système de sécurité sociale » (v. par ex. CJCE, *Duphar*, aff. 238/82, préc., pts 16-17 ; CJCE, *Kohll*, aff. C-158/96, préc., pt 17 ; CJUE, 27 janvier 2011, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-490/09, *Rec. p. I-247*, pt 32). V. également l'article 153, § 4 TFUE. L'UE dispose, néanmoins, de certaines compétences en matière de sécurité sociale (v. articles 21, 48 et 153 TFUE), notamment pour garantir la libre circulation des travailleurs et des citoyens, et peut se fonder plus généralement sur l'article 114 TFUE lorsque les mesures envisagées relèvent de l'établissement du marché intérieur (v. par ex. Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (JO L 88, p. 45)).

²⁰²³ Le domaine de la protection sociale relève typiquement, aux Etats-Unis, du fédéralisme coopératif : l'Etat fédéral a adopté certaines règles, dont la mise en œuvre relève de la compétence des Etats (ce mécanisme est clairement exposé par le juge WARREN dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Shapiro*, 394 U.S., préc., pp. 644 et s.). Il finance en outre des programmes auxquels les Etats peuvent volontairement adhérer (v. à ce propos *Pharmaceutical Research*, 538 U.S. 644, préc.). Lorsqu'une question n'est pas réglementée au niveau fédéral, elle relève de la compétence des Etats, en vertu de leurs pouvoirs de police en matière de santé.

²⁰²⁴ V. par ex. CJCE, *Kohll*, aff. C-158/96, préc. ; CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, aff. C-385/99, *Rec. p. I-4509* ; CJCE, 18 mars 2004, *Leichtle*, aff. C-8/02, *Rec. p. I-2641* ; CJCE, 5 mars 2009, *Kattner*, aff. C-350/07, *Rec. p. I-1513*.

conclut le plus souvent que les Etats n'ont pas apporté de preuves suffisantes à cet égard²⁰²⁵.

Aux Etats-Unis, la Cour Suprême a également été saisie de réglementations justifiées, selon les Etats ou collectivités concernés, par la nécessité de contenir ou de réduire les dépenses sociales (*welfare programs*). La Cour a toujours reconnu la légitimité d'une telle justification, tout en excluant qu'elle permette aux Etats d'adopter des réglementations discriminatoires²⁰²⁶.

551. L'objectif de protection de l'emploi présente également une nature duale. Au-delà de sa dimension « protectionniste », un tel objectif répond, en effet, à une finalité sociale.

C'est pourquoi, la Cour Suprême a permis aux Etats de prendre en compte une telle finalité dans la définition de leurs politiques²⁰²⁷. Elle a, toutefois, considéré qu'une telle préoccupation ne permettait pas de justifier toute réglementation, en particulier les mesures à caractère discriminatoire. Ainsi, un tel objectif n'autorise, en principe, pas un Etat à exiger des entreprises qu'elles emploient du personnel résidant sur son territoire²⁰²⁸, sauf s'il est démontré que l'exigence est strictement limitée au problème à résoudre²⁰²⁹. De même, un Etat ne peut imposer qu'une opération économique soit réalisée sur son territoire avant l'exportation de marchandises, au motif qu'une telle réglementation promeut l'emploi et l'économie locale²⁰³⁰.

La Cour de justice est, pour sa part, partie du postulat que l'Union européenne a « *non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale* ». En conséquence, « *les droits résultant des dispositions du traité relatives à libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs*

²⁰²⁵ L'argument a notamment été rejeté dans les affaires suivantes : CJCE, *Kohll*, aff. C-158/96, préc. ; CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, aff. C-120/95, *Rec.* p. I-1831 ; CJCE, 12 juillet 2001, *Vanbraekel*, aff. C-368/98, *Rec.* p. I-5363 ; CJCE, 0800 *DocMorris*, aff. C-322/01, préc. ; CJCE, 11 mars 2004, *Commission c/ France*, aff. C-496/01, *Rec.* p. I-2351 ; CJCE, *Leichtle*, aff. C-8/02, préc. ; CJCE, 11 janvier 2007, *ITC*, aff. C-208/05, *Rec.* p. I-181 ; CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, *Rec.* p. I-1989 ; CJCE, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-269/07, préc. ; CJUE, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-490/09, préc. Il a été partiellement admis ou admis à des conditions strictes dans quelques affaires seulement (v. not. CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, *Rec.* p. I-5473 ; CJCE, *Müller-Fauré*, aff. C-385/99, préc. ; CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, *Rec.* p. I-4325 ; CJCE, *Kattner*, aff. C-350/07, préc. ; CJCE, 1er octobre 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, aff. C-567/07, *Rec.* p. I-9021).

²⁰²⁶ V. par ex. *Shapiro*, 394 U.S. 618, préc. ; *Memorial Hospital*, 415 U.S. 250, préc. ; *Saenz*, 526 U.S. 489, préc.

²⁰²⁷ *Building Trades Council*, 465 U.S. 208, préc.

²⁰²⁸ *Hicklin v. Orbeck*, 437 U.S. 518, préc. (arrêt rendu sur le fondement de la *privileges and immunities clause* de l'article IV de la Constitution).

²⁰²⁹ *Building Trades Council*, 465 U.S. 208, préc. Dans cette affaire, la Cour n'a pas tranché elle-même la question de la proportionnalité de la mesure mais l'a renvoyée à la Cour Suprême du New Jersey.

²⁰³⁰ *Toomer v. Witsell*, 334 U.S., préc., pp. 403-404.

poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent, notamment, [...] l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et le dialogue social »²⁰³¹. En outre, la politique de l'emploi relève de la compétence des Etats, l'Union ne pouvant, conformément à l'article 149 TFUE, adopter de mesures d'harmonisation en la matière mais seulement des mesures visant à encourager la coopération entre les Etats. C'est pourquoi, les juges de Luxembourg ont toujours reconnu une « large marge d'appréciation » aux Etats membres en la matière²⁰³². Dans ce cadre, la Cour a jugé que « *la promotion de l'embauche constitu[ait] un objectif légitime de politique sociale* »²⁰³³. Toutefois, dans les cas où un tel objectif a été invoqué – généralement pour justifier des réglementations directement ou indirectement discriminatoires dans la mesure où il s'agissait de préserver seulement l'emploi national – la Cour de justice a conclu à une violation du traité²⁰³⁴.

552. D'autres objectifs présentent une dimension nettement plus économique, mais ont néanmoins pu être jugés légitimes. Tel est le cas, par exemple, de la lutte contre l'inflation : les Etats membres de l'UE peuvent, selon la Cour de justice, « *prendre des mesures destinées à enrayer la hausse des prix des [marchandises] [...] à condition de le faire par des mesures qui ne défavorisent pas les [marchandises] importé[e]s* »²⁰³⁵.

553. Ces exemples, en particulier le dernier, montrent que ce n'est pas tant la nature économique de l'objectif que son caractère protectionniste qui détermine son admissibilité²⁰³⁶. Ce sont donc seulement certains objectifs économiques qui sont interdits : ceux qui prennent en compte le seul intérêt de l'Etat au détriment des intérêts des autres Etats de l'Union. Autrement dit, ne sont exclus que les objectifs qui mettent en péril la solidarité qui doit exister au sein de l'Union pour que puisse fonctionner le marché intérieur.

554. L'utilisation de l'expression « purement économique » par la Cour de justice confirme cette analyse : tout objectif économique n'est pas interdit. Toutefois, le langage employé par

²⁰³¹ CJCE, *Viking Line*, préc., aff. C-438/05, pt 79.

²⁰³² V. par ex. CJCE, *ITC*, aff. C-208/05, préc., pt 39 ; CJCE, 17 janvier 2008, *Jäger*, aff. C-256/06, *Rec.* p. I-123, pt 50 (objectif de « maintien de l'emploi »).

²⁰³³ *Id.* V. également CJCE, 25 octobre 2007, *Geurts et Vogten*, aff. C-464/05, *Rec.* p. I-9325 (discrimination fiscale justifiée, selon l'Etat belge, par la protection de l'emploi en région flamande).

²⁰³⁴ *Id.*

²⁰³⁵ CJCE, *Roussel Laboratoria BV*, aff. 181/82, préc., pt 24.

²⁰³⁶ D. COENEN, *The Commerce Clause*, *op. cit.*, p. 242.

la Cour Suprême apparaît plus explicite en la matière que celui utilisé par la Cour de justice.

555. Ces exemples soulignent également la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer l'objectif légitime de l'objectif illégitime. Le juge dispose à cet égard d'une marge de manœuvre certaine : même s'il part des arguments des parties en présence, il peut estimer que les buts recherchés ne sont pas ceux réellement allégués par les Etats. Par ailleurs, la qualification qu'il choisit de retenir est déterminante puisqu'elle conduit, soit à achever le contrôle, soit à mettre en oeuvre le contrôle de proportionnalité de la mesure²⁰³⁷.

556. En ce sens, certains auteurs américains ont pu regretter un test fondé sur l'intention du législateur, nécessairement subjectif et relativement artificiel puisque toute mesure est le fruit d'un compromis politique et poursuit donc divers objectifs qu'il peut être difficile d'identifier²⁰³⁸. Toutefois, la recherche des objectifs poursuivis par les législateurs étatiques et locaux demeure fondamentale dans la jurisprudence américaine, comme elle l'est dans la jurisprudence communautaire.

557. Une divergence importante apparaît néanmoins entre les analyses des deux juridictions suprêmes lorsque les Etats n'agissent plus en tant que « législateurs » mais interviennent directement sur les marchés. En effet, selon la Cour Suprême, l'intervention de l'Etat, en tant qu'opérateur économique, sur les marchés rend la clause de commerce inapplicable.

§ 2. Le tempérament américain : la market participant doctrine

558. Exception américaine notable au principe de non-discrimination, la *market-participant*

²⁰³⁷ Deux arrêts témoignent particulièrement bien de la marge de manoeuvre dont dispose le juge dans l'UE et de la difficulté qu'il peut y avoir à qualifier certains objectifs : dans l'arrêt *Campus Oil* de 1984, la Cour a jugé que la sécurité des approvisionnements en produits pétroliers constituait un objectif dépassant « des considérations de nature purement économique » et pouvait « donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique » (CJCE, *Campus Oil*, aff. 72/83, préc., pt 35). En revanche, dans l'arrêt *Commission c/ Grèce* du 25 octobre 2001, dans lequel la Grèce invoquait le même objectif pour justifier une réglementation imposant aux sociétés de commercialisation de produits pétroliers souhaitant transférer aux raffineries leur obligation de stockage de s'approvisionner auprès de ces raffineries, la Cour a considéré que les arguments présentés étaient d'ordre économique et ne pouvait servir de justification à une restriction quantitative (CJCE, *Produits pétroliers*, aff. C-398/98, préc., pt 30).

²⁰³⁸ V. à ce propos, K. KARST, "The Costs of Motive-Centered Inquiry", *San Diego L. Rev.*, vol. 15, 1978, p. 1163 ; D. COENEN, *The Commerce Clause*, op. cit., pp. 244 et s. ; R. H. FALLON, "Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning", *Harv. L. Rev.*, vol. 119, 2006, p. 1274, spéc. pp. 1285-1286. Il convient de préciser que cette critique n'est pas propre au contentieux relatif à la clause de commerce mais à l'ensemble du contentieux constitutionnel impliquant une recherche des intentions de l'Etat. V. chapitre 2, section 2, §2, C. du présent titre, *infra*.

doctrine « permet aux Etats se comportant comme des opérateurs privés sur le marché en achetant, par exemple, des biens et services ou en vendant les biens et services qu'ils produisent, d'opérer une distinction discriminatoire entre les acteurs économiques étatiques et non étatiques »²⁰³⁹. Autrement dit, dès lors qu'un Etat intervient, non en sa qualité de régulateur mais d'opérateur économique, il n'est plus soumis aux prescriptions de la clause de commerce.

559. Si cette exception ouvre de larges brèches dans le principe de non-discrimination, elle n'étonne cependant guère lorsque l'on se rappelle que les aides d'Etat ne sont pas interdites aux Etats-Unis²⁰⁴⁰. La justification de ces exceptions est en effet la même²⁰⁴¹ : si les Etats ne peuvent adopter de réglementations ayant pour objet ou effet d'avantager leurs entreprises ou citoyens, ils sont en revanche en droit de favoriser leur propre économie en intervenant directement sur les marchés²⁰⁴².

560. Toutefois, la distinction entre la fonction de régulateur et celle d'opérateur sur le marché, dans la mesure où la seconde nécessite, tout autant que la première, l'adoption d'actes de la part des Etats ou collectivités, est délicate à opérer. La jurisprudence témoigne, à cet égard, des errements des juges (A).

Cette difficulté n'a toutefois pas empêché la Cour Suprême d'élargir récemment le champ de l'exception, de telle sorte que les Etats peuvent largement y recourir pour échapper à l'interdiction du protectionnisme économique (B).

A. Une doctrine aux contours imprécis

561. La *market participant doctrine*, en tant qu'exception à l'application de la clause de

²⁰³⁹ B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", préc., p. 496: "*the market-participant exception [...] permits states imitating private participants in particular markets by, for example, buying goods and services with taxpayer money or selling state-produced goods or services, to discriminate between in-state and out-of-state economic actors*".

²⁰⁴⁰ V. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, §2, A, 3, *supra*.

²⁰⁴¹ V. en ce sens, N. R. WILLIAMS and B. P. DENNING, "The 'New Protectionism'...", préc., p. 295, n. 244.

²⁰⁴² Une telle exception n'existe pas en droit de l'UE. Toutefois des rapprochements – certes très relatifs – peuvent être opérés avec certaines règles communautaires. Par exemple, la contribution financière d'un Etat en faveur d'une entreprise n'est pas qualifiée d'aide d'Etat et échappe donc au contrôle de sa compatibilité avec le marché intérieur lorsque les autorités étatiques sont intervenues en tant qu'« investisseur avisé » sur le marché (v. par ex. CJCE, 13 mars 1985, *Pays-Bas et Leeuwarder Papierwarenfabriek c/ Commission*, aff. jtes 296 et 318/82, *Rec.* p. 809 ; Trib., 21 mai 2010, *France e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-425, 444, 450 et 456/04, *Rec.* p. II-2099).

commerce, a été consacrée par une Cour Suprême divisée²⁰⁴³ en 1976, dans l'arrêt *Hughes v. Alexandria Scrap Corporation*²⁰⁴⁴. En l'espèce, la Cour était saisie d'une réglementation de l'Etat du Maryland établissant une « prime à la casse » pour les véhicules usagés. Cette prime était accordée aux démolisseurs qui la répercutaient sur leur prix d'achat des carcasses, incitant ainsi les propriétaires de casses à se débarrasser de celles-ci. Alors que la prime, instaurée en 1969, était initialement accordée dans les mêmes conditions à tous les démolisseurs, que ceux-ci soient ou non établis dans l'Etat, un amendement de 1974 avait alourdi les formalités administratives pour les seuls démolisseurs établis en dehors de l'Etat, et ce afin de réduire les dépenses gouvernementales. L'amendement avait eu pour effet d'inciter les propriétaires de casses à se tourner vers les démolisseurs étatiques au détriment des autres démolisseurs²⁰⁴⁵. La mesure était directement discriminatoire mais l'opinion majoritaire a jugé qu'elle ne violait pas la clause de commerce, dans la mesure où l'Etat était, selon elle, intervenu directement sur le marché pour relever les prix des carcasses et favoriser leur recyclage. Aussi a-t-elle considéré que l'Etat n'avait pas affecté le libre jeu du marché mais, au contraire, avait directement pris part à celui-ci²⁰⁴⁶.

L'analyse relativement lapidaire de l'opinion majoritaire a été fortement contestée par les trois juges de l'opinion dissidente qui estimaient, pour leur part, que le contrôle de proportionnalité dégagé dans l'arrêt *Pike*²⁰⁴⁷ aurait dû être appliqué au cas d'espèce, la mesure entravant indubitablement le commerce interétatique. En outre, ils faisaient valoir que l'Etat n'était pas intervenu sur le marché pour satisfaire ses propres besoins mais pour favoriser les opérateurs économiques établis sur son territoire. En conséquence, les trois juges tenaient pour non valable l'argument selon lequel l'Etat était intervenu sur le marché en tant qu'opérateur

²⁰⁴³ 5 juges se sont joints au juge POWELL, auteur de l'opinion majoritaire. Trois juges ont émis une opinion dissidente.

²⁰⁴⁴ *Alexandria Scrap Corp.*, 426 U.S. 794 (1976). La même année était rendu l'arrêt *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), dans lequel la Cour consacrait la *state sovereignty immunity doctrine* par laquelle elle interdisait au Congrès d'intervenir dans la sphère de compétence traditionnelle des Etats. Ces deux lignes jurisprudentielles ont manifesté la volonté des juges, au cours des années 1970, de protéger davantage les compétences étatiques. Le professeur TRIBE évoque à cet égard, un « nouveau fédéralisme » (L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 1088).

²⁰⁴⁵ En pratique, l'amendement conduisait à supprimer la prime pour les démolisseurs établis dans d'autres Etats.

²⁰⁴⁶ En termes communautaires, il s'agit d'une aide d'Etat soumise aux règles du traité. Contrairement au raisonnement des juges de la Cour Suprême, une telle intervention est considérée comme affectant le libre jeu du marché, bien qu'elle puisse éventuellement être considérée comme justifiée et compatible avec le marché intérieur sur le fondement de l'article 107, §§ 2 et 3 TFUE.

²⁰⁴⁷ *Pike*, 397 U.S. 137, préc. V. *infra*, chapitre 2 du présent titre. Il s'agit d'un contrôle de proportionnalité relativement analogue à celui appliqué par la CJUE.

économique²⁰⁴⁸.

562. La *market participant doctrine* a été davantage explicitée dans l'arrêt *Reeves, Inc. v. Stake* de 1980²⁰⁴⁹, sans pour autant que ses frontières soient plus clairement délimitées²⁰⁵⁰.

Dans cette affaire, il a été jugé que le Dakota du Sud, propriétaire d'une entreprise produisant du ciment, pouvait vendre sa production prioritairement à ses résidents.

Trois arguments ont été avancés par l'opinion majoritaire pour conclure à la constitutionnalité de la mesure. Observant, tout d'abord, qu'un opérateur économique privé était libre de choisir ses co-contractants, les cinq juges ont estimé que le même droit devait être reconnu aux Etats. Ils ont également considéré qu'un tel droit découlait de la souveraineté même des Etats, ceux-ci étant avant tout responsables devant leurs propres citoyens²⁰⁵¹. Ils se sont, enfin, fondés sur la difficulté d'apprécier, au regard des critères traditionnels de la clause de commerce, les intérêts en présence lorsque l'Etat intervenait non en sa qualité de législateur mais de propriétaire²⁰⁵². En conséquence, la clause de commerce ne pouvait avoir pour effet d'empêcher les Etats d'intervenir librement sur leur marché.

Sans rejeter la *market participant doctrine*, l'opinion dissidente a considéré qu'elle était inapplicable au cas d'espèce, dans la mesure où l'entrave ne résultait pas du libre jeu du marché mais directement de l'Etat qui, s'il était en droit de satisfaire ses propres besoins, n'était, en revanche, pas autorisé pas à privilégier les besoins des clients privés étatiques par rapport aux besoins des autres clients²⁰⁵³.

Si le principe d'une exemption aux règles imposées par la clause de commerce pour certaines actions étatiques a donc été admis, l'arrêt n'a pas permis d'identifier la frontière séparant, en pratique, les fonctions de régulation et d'opérateur économique.

²⁰⁴⁸ V. p. 824 de l'arrêt.

²⁰⁴⁹ *Reeves, Inc.*, 447 U.S. 429, préc.

²⁰⁵⁰ L'arrêt a été adopté par 5 voix. La perplexité suscitée par cette doctrine est manifeste chez trois juges. Le juge POWELL, qui avait rédigé l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Alexandria Scarp*, rejoint l'opinion dissidente et se prononce, dans cet arrêt, en faveur de l'inconstitutionnalité. Le juge STEVENS a adopté la même position. Le juge MARSHALL, en revanche, opère le mouvement inverse : signataire de l'opinion dissidente dans l'arrêt *Alexandria Scarp*, il se rallie à l'opinion majoritaire en 1980.

²⁰⁵¹ Juger la mesure inconstitutionnelle « *interférerait significativement avec le pouvoir des Etats de structurer leurs relations [...] avec leurs propres citoyens. Cela menacerait l'élaboration future de programmes [...] permettant de résoudre les problèmes locaux [...]. Une approche saine du fédéralisme [...] nous rend réticents à [imposer] un tel résultat* » (447 U.S., p. 441).

²⁰⁵² « *Les considérations concurrentes dans les affaire impliquant l'action de l'Etat en tant que propriétaire sont subtiles, complexes, politiquement sensibles et difficiles à apprécier au regard de l'analyse traditionnelle de la clause de commerce* » (447 U.S., p. 439).

²⁰⁵³ V. pp. 447-448 de l'arrêt.

563. La Cour a buté sur le même écueil dans l'arrêt *MCCE* de 1983²⁰⁵⁴. En l'espèce, l'opinion majoritaire a jugé, sur le fondement de la *market participant doctrine*, qu'un Etat ou un de ses démembrements, dans le cadre des marchés publics qu'il passait, était en droit d'exiger de ses co-contractants qu'ils emploient des personnes résidant sur leur territoire²⁰⁵⁵. La Cour s'est, ici aussi, fondée sur la liberté dont les Etats bénéficient pour dépenser l'argent public pour admettre des discriminations à l'embauche.

Les juges BLACKMUN et WHITE, auteurs de l'opinion dissidente, ont contesté cette analyse, estimant que la ville de Boston n'avait pas, en l'espèce, agi en tant qu'opérateur sur le marché mais en tant que régulateur. En effet, selon eux, la mesure ne constituait pas une intervention directe sur le marché mais encadrait l'action d'opérateurs privés en leur imposant une politique d'embauche discriminatoire, ce que prohibait la clause de commerce. Appliquant alors les critères traditionnels de la *dormant commerce clause*, ils ont conclu à l'inconstitutionnalité de la mesure en raison de son caractère directement discriminatoire et de l'existence d'alternatives indistinctement applicables.

Cette divergence d'analyse a montré, une fois de plus, que si les juges se sont accordés sur le principe d'une exception à l'interdiction des mesures protectionnistes, aucun consensus concernant l'application aux cas d'espèce de cette exception n'a pu être dégagé²⁰⁵⁶.

564. Sans être revenue sur cette exception, la Cour Suprême a par la suite largement limité son champ d'application.

565. Elle a, tout d'abord, réduit à néant la portée de l'arrêt *MCCE*, en refusant de faire jouer la *market participant doctrine* dans le cadre de la *Privileges and Immunities clause* figurant à l'article IV, § 2 de la Constitution. Saisie à nouveau, en 1984, d'une réglementation imposant aux titulaires de marchés publics d'employer des résidents locaux²⁰⁵⁷, la Cour a considéré que

²⁰⁵⁴ *MCCE*, 460 U.S. 204, préc.

²⁰⁵⁵ Cette position contraste singulièrement avec celle du juge communautaire qui, saisi de litiges relatifs aux marchés publics, les apprécie non seulement au regard des directives sectorielles mais également au regard du droit primaire. Toute législation discriminatoire, visant à favoriser des entreprises nationales, est ainsi condamnée (v. par ex. CJCE, 3 juin 1992, *Commission c/ Italie* (« marchés publics 2 »), aff. C-360/89, *Rec.* p. I-3401).

²⁰⁵⁶ Le juge BLACKMUN souligne la difficulté d'identifier une ligne de partage claire entre les deux fonctions (v. p. 218 de l'arrêt). L'analyse de l'opinion dissidente, si elle met bien en exergue la difficulté suscitée par la distinction, n'empêche toutefois pas la conviction sur le fond. Selon elle, si l'Etat – la ville en l'espèce – est en droit de choisir ses co-contractants, il ne peut imposer aux opérateurs privés d'embaucher certaines catégories de travailleurs. Toutefois, il peut facilement être allégué que la clause relative à la résidence des travailleurs figurant dans les contrats passés par les Etats constitue un simple critère d'élection du co-contractant. Dès lors, la mesure peut tout aussi bien être considérée comme relevant de la fonction d'opérateur économique de l'Etat.

²⁰⁵⁷ *Building Trades Council*, 465 U.S. 208, préc.

la *market participant doctrine* n'était pas invocable pour écarter l'application de l'article IV, §2 de la Constitution. Constatant que le droit de rechercher un emploi constituait un droit protégé par la *Privileges and Immunities clause*, elle a conclu au caractère discriminatoire de la mesure²⁰⁵⁸. Dès lors, il suffit aux requérants d'invoquer cette disposition, en lieu et place de la clause de commerce, pour qu'une telle réglementation soit menacée d'inconstitutionnalité.

566. Elle a ensuite jugé, à plusieurs reprises, que les Etats n'avaient pas agi en tant qu'opérateur sur le marché mais en tant que régulateur. Tel a été le cas, par exemple, dans l'arrêt *South-Central Timber Development, Inc. v. Wunnicke*²⁰⁵⁹ de 1984. En l'espèce, l'Etat de l'Alaska, propriétaire de forêts, imposait à ses acheteurs de procéder à une première transformation du bois sur son territoire. La Cour a considéré qu'aucun des trois précédents²⁰⁶⁰ n'était applicable en l'espèce, l'Alaska étant un opérateur économique sur le marché de la vente de bois mais non sur le marché de la transformation du bois²⁰⁶¹. Elle a tenu, à cette occasion, à circonscrire l'exception, en précisant que « *la doctrine n'est pas une carte blanche pour imposer n'importe quelle condition [aux opérateurs économiques] et ne [permet] pas de valider toute exigence uniquement parce que l'Etat l'impose à une personne avec laquelle il entretient des relations contractuelles* »²⁰⁶². Si l'Etat était en mesure, au titre de la *market participant doctrine*, de subventionner l'industrie locale de la transformation ou de vendre son bois exclusivement à des entreprises locales, en revanche, il n'était pas en droit d'imposer une telle condition à ses acheteurs²⁰⁶³. Appliquant, dès lors, les critères traditionnels d'appréciation de l'entrave, la Cour a rappelé son hostilité à l'égard des mesures imposant la réalisation d'une opération économique sur le territoire étatique avant l'exportation des marchandises²⁰⁶⁴ et a conclu à l'inconstitutionnalité de la mesure.

567. Si, du point de vue de la lutte contre le protectionnisme, cet arrêt apparaît raisonnable,

²⁰⁵⁸ Elle a, en revanche, estimé ne pas disposer des informations nécessaires, pour apprécier la proportionnalité de la mesure au regard des objectifs allégués par la ville, c'est-à-dire, la lutte contre le chômage et le développement économique local.

²⁰⁵⁹ *South-Central Timber Development, Inc.*, 467 U.S. 82, préc.

²⁰⁶⁰ *Alexandria Scrap Corp.*, 426 U.S. 794, préc. ; *Reeves, Inc.*, 447 U.S. 429, préc. ; *MCCE*, 460 U.S. 204, préc.

²⁰⁶¹ « *La limite de la market participant doctrine doit être qu'elle autorise [seulement] l'Etat à imposer une entrave au commerce sur le marché auquel il participe [...]. L'Etat ne peut pas imposer de conditions [...] ayant des effets substantiels en dehors de ce marché particulier* » (p. 97 de l'arrêt).

²⁰⁶² *Id.*

²⁰⁶³ P. 99 de l'arrêt.

²⁰⁶⁴ V. par ex. *Foster-Fountain Packing Co.*, 278 U.S. 1, préc. ; *Pike*, 397 U.S. 137, préc. A ce propos, v. 1ère partie, titre 1, chapitre 2, section 1, *supra*.

on ne peut cependant contester l'analyse du juge REHNQUIST, auteur de l'opinion dissidente à laquelle s'est jointe la juge O'CONNOR, pour qui « *la ligne de distinction dessinée [...] entre l'Etat en tant qu'opérateur sur le marché et l'Etat en tant que régulateur sur le marché est à la fois artificielle et non convaincante* [et relève avant tout] *de l'intuition* »²⁰⁶⁵.

568. La confusion est encore accentuée en 1986 lorsque la Cour, saisie d'une mesure du Wisconsin interdisant aux administrations étatiques d'acheter des marchandises ou des services à des entreprises ayant enfreint à plusieurs reprises une loi fédérale – le *National Labor Relations Act* –, a refusé d'appliquer l'exception au motif que le *NLRA* prévoyait un corpus exhaustif de sanctions à l'égard de ces entreprises et préemptait donc toute action étatique supplémentaire en la matière²⁰⁶⁶. Pourtant, il ressortait clairement des arrêts *Alexandria Scrap*, *Reeves* et *MCCE* que, lorsque l'Etat se portait acquéreur de biens et services il agissait en tant qu'opérateur sur le marché et ne pouvait se voir opposer une réglementation fédérale. En effet, la Cour avait affirmé dans l'arrêt *Building Trades v. Mayor of Camden* que, « *lorsqu'un Etat agit seulement en tant qu'opérateur sur le marché, aucun conflit ne peut survenir entre les réglementations étatiques et l'autorité réglementaire fédérale* »²⁰⁶⁷. Ces principes univoques auraient, en principe, dû conduire la Cour à autoriser la mesure. Elle choisit, au contraire, de faire primer le principe de préemption et de garantir l'application uniforme du droit fédéral relatif aux relations de travail.

569. Enfin, la Cour Suprême a considéré à plusieurs reprises que la *market participant doctrine* ne pouvait être invoquée en présence d'une mesure fiscale, l'Etat agissant toujours, en ce domaine, en tant que régulateur et non en tant qu'opérateur sur le marché²⁰⁶⁸.

570. Ces incertitudes et subtilités ont conduit une partie de la doctrine à prôner l'abandon de

²⁰⁶⁵ Pp. 101-103 de l'arrêt.

²⁰⁶⁶ *Wisconsin Dep't of Indus. v. Gould, Inc.*, 475 U.S. 282 (1986).

²⁰⁶⁷ *Building Trades Council*, 465 U.S., préc., p. 220.

²⁰⁶⁸ *New Energy Co. of Indiana*, 486 U.S. 269, préc. ; *Camps Newfound*, 520 U.S. 564, préc. La Commission européenne a développé une argumentation similaire en matière d'aides d'Etat. Selon elle, un Etat ne saurait prétendre avoir agi comme un investisseur privé avisé lorsqu'il est intervenu en sa qualité d'autorité fiscale. En effet, l'exercice de la compétence fiscale par un Etat relève de son rôle d'autorité publique et constitue la mise en oeuvre d'une prérogative de puissance publique, dont ne peuvent disposer les opérateurs économiques privés. Le Tribunal n'a pas suivi la Commission sur ce point (v. Trib., 15 décembre 2009, *EDF c/ Commission*, aff. T-156/04, *Rec.* p. II-4503, pt 233). La Cour de justice a confirmé l'arrêt du Tribunal (CJUE, 5 juin 2012, *Commission c/ EDF*, aff. C-124/10P (non encore publié au recueil)).

la *market participant doctrine*²⁰⁶⁹. Or, si certains juges ont effectivement exprimé des doutes quant à l'opportunité et à l'effectivité de cette exception, la jurisprudence récente témoigne, au contraire, d'un renforcement de l'exception.

B. Une doctrine récemment renforcée

571. Si l'on a pu croire à un moment à l'abandon progressif de cette doctrine, en raison de son rejet dans un nombre croissant d'affaires, la Cour lui a récemment redonné vigueur, implicitement d'abord, dans l'arrêt *United Haulers*²⁰⁷⁰, explicitement ensuite, dans l'arrêt *Department of Revenue of Kentucky v. Davis*²⁰⁷¹.

572. Dans le premier de ces arrêts, rendu en 2007, la Cour a jugé conforme à la *dormant commerce clause* l'attribution par une municipalité d'un monopole à une entreprise publique pour la gestion des déchets. Distinguant cette affaire de l'arrêt *C&A Carbone*²⁰⁷², dans laquelle la Cour Suprême avait déclaré inconstitutionnel le monopole attribué à une entreprise privée pour le traitement des déchets²⁰⁷³, l'opinion majoritaire a considéré que les collectivités avaient exercé une fonction locale « typique et traditionnelle » bénéficiant d'une présomption de constitutionnalité. Sur ce fondement, elle a jugé la mesure non discriminatoire – les opérateurs privés, quelque soit le lieu de leur établissement, étant tous défavorisés par rapport à l'entreprise publique – et conclu, après application du *balancing test*, que la mesure était justifiée.

Certes, l'opinion majoritaire ne recourt pas à la *market participant doctrine* pour asseoir son analyse, préférant s'en remettre, sans toutefois approfondir la question, aux critères

²⁰⁶⁹ V. par ex. C. KELLETT, "The Market Participant Doctrine : No Longer 'Good Sense' or 'Sound Law'", 9. *Temp. Envtl. L. & Tech. J.*, vol. 9, 1990, p. 169. D'autres auteurs ont, cependant, jugé que la *market participant doctrine* constituait un arbitrage raisonnable entre les exigences de la clause de commerce et la préservation des intérêts étatiques (v. par ex. D. T. COENEN, "Untangling the Market-Participant Exemption to the Dormant Commerce Clause", *Mich. L. Rev.*, vol. 88, 1989, p. 395).

²⁰⁷⁰ *United Haulers Assn*, 550 U.S. 330, préc.

²⁰⁷¹ *G.W. Davies*, 553 U.S. 328, préc. Sur les deux arrêts, v. not. D. T. COENEN, "Where United Haulers Might Take Us: The Future of the State-Self-Promotion Exception to the Dormant Commerce Clause Rule", *Iowa L. Rev.*, vol. 95, 2009, p. 541 ; N. R. WILLIAMS and B. P. DENNING, "The 'New Protectionism'...", préc.

²⁰⁷² *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S. 383, préc.

²⁰⁷³ V. à propos de cet arrêt et de sa remise en cause dans l'arrêt *United Haulers Assn*, 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, §1, *supra*.

traditionnels dégagés dans l'arrêt *Pike*²⁰⁷⁴. Toutefois, de fortes analogies apparaissent entre la doctrine des « fonctions traditionnelles » et la *market participant doctrine*²⁰⁷⁵ : si l'Etat ne peut favoriser une entreprise privée par rapport aux autres, en revanche, il échappe à l'interdiction édictée par la clause de commerce lorsqu'il intervient en vertu de ses fonctions traditionnelles et notamment lorsqu'il agit directement sur le marché, en créant, comme c'était le cas en l'espèce, une entreprise publique investie d'un monopole.

573. Cette distinction entre les entreprises privées et les entreprises publiques a été jugée artificielle par l'opinion dissidente. Cette dernière a reproché à l'opinion majoritaire de privilégier la forme sur la substance et a relevé que, dans de nombreux Etats, l'intervention des pouvoirs publics, par le biais d'entreprises publiques, constituait un instrument classique du protectionnisme économique²⁰⁷⁶. Par ailleurs, la doctrine²⁰⁷⁷ a pu s'étonner de la résurgence de la théorie des « fonctions traditionnelles » qui, dans le contexte du contentieux relatif à la compétence du Congrès, avait été abandonnée en 1985²⁰⁷⁸.

574. L'arrêt *Department of Revenue of Kentucky v. Davis*, rendu l'année suivante a, semble-t-il, fourni l'occasion de réhabiliter plus clairement la *market participant doctrine*²⁰⁷⁹. Dans cette affaire, sept juges ont accueilli un recours contre un arrêt déclarant inconstitutionnelle une réglementation fiscale du Kentucky qui ne soumettait à l'impôt sur le revenu que les intérêts issus d'obligations émises par les collectivités publiques non étatiques.

Reprenant, dans un premier temps, le raisonnement développé dans l'arrêt *United Haulers*, ils ont constaté que l'émission d'obligations par les collectivités, afin de pourvoir à leurs

²⁰⁷⁴ Le contrôle de proportionnalité se révèle particulièrement bref : l'opinion majoritaire refuse de discuter de l'entrave et d'en évaluer, en particulier, son intensité au motif que, quelle que soit l'entrave qui pourrait être identifiée, celle-ci ne peut excéder les bénéfices de la réglementation (v. p. 346 de l'arrêt).

²⁰⁷⁵ Certains auteurs distinguent, néanmoins, l'exception dégagée dans l'arrêt *United Haulers Assn* – dite *state-self-promotion doctrine* – de la *market participant doctrine* (v. D. T. COENEN, “Where United Haulers Might Take Us...”, préc.).

²⁰⁷⁶ V. p. 364 de l'arrêt. V. également en ce sens N. R. WILLIAMS and B. P. DENNING, “The “New Protectionism”...”, préc., pp. 266-268.

²⁰⁷⁷ V. N. R. WILLIAMS and B. P. DENNING, “The “New Protectionism”...”, préc., pp. 268-269.

²⁰⁷⁸ *V. Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985).

²⁰⁷⁹ La réhabilitation est toutefois à relativiser : l'analyse du juge SOUTER, auteur de l'opinion majoritaire, repose sur trois arguments dont la *market participant doctrine*. Or, seuls deux juges ont rejoint SOUTER sur cet argument sans que l'on sache si les autres juges – d'accord sur la solution au fond – le désapprouvaient ou le jugeaient simplement redondants par rapport aux autres arguments (voir not. les opinions séparées du juge ROBERTS, p. 1821 de l'arrêt, et du juge SCALIA, *id*). Cette division tend toutefois à montrer que la *market participant doctrine* demeure une exception controversée.

budgets, constituait la « fonction publique quintessencielle »²⁰⁸⁰. De cette observation, ils ont tiré la même conclusion qu'en 2007 : la mesure ne saurait être qualifiée de discriminatoire, les collectivités traitant similairement tous les émetteurs privés d'obligations.

Ce n'est que dans un second temps qu'ils ont expressément recouru à la *market participant doctrine*. Les époux Davies – repris sur ce point par l'opinion dissidente – faisaient valoir, à cet égard, que la Cour avait exclu, à diverses reprises, qu'un Etat puisse recourir à cette exception en matière fiscale²⁰⁸¹. Les juges ont, néanmoins, rejeté l'argument en isolant le cas particulier de la fiscalité des obligations émises par l'Etat. Ce faisant, ils procèdent à une redéfinition des notions de discrimination interdite et de protectionnisme économique : désormais, il est établi que seules les différences de traitement visant à privilégier les opérateurs privés étatiques sont prohibées. En revanche, l'Etat peut se favoriser lui-même sur le marché²⁰⁸². Dans ce contexte, la distinction entre la fonction de régulation et celle d'opérateur sur le marché s'estompe. C'est davantage la qualité du sujet favorisé – les opérateurs privés ou l'Etat lui-même – qui se révèle pertinente pour l'analyse.

In fine, l'opinion majoritaire a refusé d'appliquer le *balancing test*, estimant qu'il ne revenait pas au juge, mais au législateur, d'apprécier les intérêts en présence.

575. Par cet arrêt, la Cour assoit donc un peu plus l'idée que l'interdiction du protectionnisme n'est pas absolue, mais qu'une distinction subtile entre différentes formes de protectionnisme doit être opérée²⁰⁸³. Surtout elle introduit une nouvelle exception, en sanctuarisant le secteur public qui n'est plus soumis aux exigences de la clause de commerce²⁰⁸⁴. Aussi, cette dernière affaire a suscité la perplexité de la doctrine américaine²⁰⁸⁵ qui y a perçu la possibilité d'un changement profond des pratiques étatiques : les Etats pourraient, désormais, dans les domaines les plus divers, favoriser leurs propres activités et

²⁰⁸⁰ 553 U.S., préc., p. 342.

²⁰⁸¹ V. A du présent §, *supra*.

²⁰⁸² *Department of Revenue of Kentucky v. G.W. Davies*, 553 U.S., préc., p. 347. V. également p. 352.

²⁰⁸³ N. R. WILLIAMS and B. P. DENNING, "The "New Protectionism"...", préc., p. 250.

²⁰⁸⁴ Comme nous l'avons précédemment signalé, dans l'UE, les entreprises publiques sont, au même titre que les entreprises privées, soumises aux dispositions du traité (v. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, § 1, A, *supra*).

²⁰⁸⁵ V. par ex. D. T. COENEN, "The Supreme Court's Municipal Bond Decision and the Market-Participant Exception to the Dormant Commerce Clause", *Ohio St. L. J.*, vol. 70, 2009, p. 1179. Si le professeur COENEN, dans son article de 1990 sur la *market participant doctrine* (D. T. COENEN, "Untangling the Market-Participant Exemption...", préc., p. 395) avait jugé l'exception justifiée, il regrette néanmoins que cette exception ait été appliquée dans cette affaire.

infrastructures²⁰⁸⁶.

576. Les dernières évolutions jurisprudentielles témoignent ainsi de la volonté de la Cour Suprême de maintenir une sphère de compétences étatiques immunisée des exigences de la *dormant commerce clause*. Force est de constater, néanmoins, que la Cour n'est pas parvenue à délimiter clairement les contours de cette sphère de compétences. C'est pourquoi la doctrine a émis un certain nombre de propositions pour rationaliser la jurisprudence²⁰⁸⁷.

577. Au-delà de ces incertitudes, l'approche de la Cour Suprême est particulièrement révélatrice des différences conceptuelles entre la juridiction américaine et la juridiction communautaire. Alors que la Cour de justice raisonne en termes d'intégration des marchés, la Cour Suprême raisonne en termes de répartition des compétences. Il apparaît en effet évident que la *market-participant doctrine* est « *antithétique des valeurs constitutionnelles d'un marché unifié* »²⁰⁸⁸ puisqu'elle permet à chaque Etat de privilégier sa propre économie. Or, une telle considération est absente de l'analyse des juges de Washington.

Toutefois, la clause de commerce retrouve son empire lorsque les Etats et leurs subdivisions interviennent en tant que régulateur. Dans cette hypothèse, ils doivent, comme les Etats membres de l'Union européenne, justifier leurs réglementations sur le fondement d'un intérêt légitime, dès lors que celles-ci ont été qualifiées d'entraves.

Section 2 – Une reconnaissance à géométrie variable des justifications non économiques

578. Conscientes de la multiplicité des réglementations étatiques susceptibles d'affecter la réalisation du grand marché, les juridictions tant américaine qu'européenne ont accepté d'examiner les justifications les plus diverses dès lors que celles-ci n'avaient pas trait à la protection des économies locales. C'est donc le cas d'espèce qui a créé les justifications dans la mesure où il n'était pas possible d'identifier *ex ante* l'ensemble des mesures auxquelles les

²⁰⁸⁶ N. R. WILLIAMS and B. P. DENNING, "The "New Protectionism"...", préc., pp. 280 et s. Les auteurs s'interrogent également longuement sur la pertinence de la distinction entre le secteur public et le secteur privé dans la mesure où, en pratique, les Etats et collectivités interviennent à des degrés divers dans le secteur privé. Or, aucune règle n'est élaborée par la Cour pour classer les entreprises (v. pp. 282 et s.).

²⁰⁸⁷ V. par ex. D. S. BOGEN, "The Market Participant Doctrine and the Clear Statement Rule", *Seattle U. L. Rev.*, vol. 29, 2006, p. 543.

²⁰⁸⁸ C. KELLETT, "The Market Participant Doctrine...", préc., p. 180.

libertés de circulation pouvaient se heurter²⁰⁸⁹. Toutefois, à la différence du juge américain (§ 1), le juge communautaire a opéré une distinction entre les mesures discriminatoires et les mesures indistinctement applicables pour déterminer les justifications invocables. Les premières ne peuvent, si l'on suit les termes de la Cour de justice, reposer que sur l'un des fondements énumérés dans le traité pour être jugée conforme au droit de l'UE, tandis que les Etats peuvent invoquer d'autres raisons si leurs réglementations s'appliquent à toutes les marchandises ou à tous les opérateurs économiques, quelle que soit leur origine. Toutefois, cette distinction ne reflète que très partiellement la réalité de la pratique jurisprudentielle, la Cour ayant relativement unifié le régime des dérogations. En adoptant la directive « services »²⁰⁹⁰, le législateur communautaire a, par ailleurs, prévu un régime particulier pour la libre prestation de services, de telle sorte que cette liberté doit désormais être isolée des autres libertés de circulation concernant les justifications invocables (§2).

§ 1. Aux Etats-Unis : une application indifférenciée des exceptions

579. La Constitution américaine n'interdisant pas explicitement les entraves aux libertés de circulation²⁰⁹¹, elle ne renferme, logiquement, aucune liste d'exceptions. Il est donc revenu aux juridictions de déterminer quels motifs étaient invocables par les Etats pour justifier une atteinte à la *dormant commerce clause* (A). De même, la Cour Suprême a admis des dérogations au principe, consacré par l'article IV, section 2 et par le 14^{ème} amendement, de non-discrimination entre les citoyens, bien que la Constitution n'énumère pas ces dérogations (B). Si les listes de justification sont donc ouvertes, quelle que soit la disposition constitutionnelle appliquée, la légitimité d'un intérêt peut cependant varier, selon l'article mis en œuvre²⁰⁹².

²⁰⁸⁹ C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, *op. cit.*, p 107.

²⁰⁹⁰ Directive 2006/123/CE, préc.

²⁰⁹¹ Pour rappel, l'interdiction des entraves est fondée sur une interprétation *a contrario* de la clause de commerce (v. 1^{ère} partie de la thèse, *supra*).

²⁰⁹² V. par ex. *Bendix Autolite Corp.*, 486 U.S., préc., p. 894 : « des intérêts étatiques qui sont légitimes au regard de l'*equal protection clause* ou de la *due process clause* peuvent être insuffisants au regard de la clause de commerce ».

A. La clause de commerce et la doctrine des pouvoirs de police

580. Les motifs invocables par les Etats pour justifier une violation de la *dormant commerce clause* sont désignés sous les termes « pouvoirs de police » (“*police powers*”), expression employée pour la première fois en 1824 par le juge Marshall dans l’arrêt *Gibbons v. Ogden*²⁰⁹³.

581. A titre liminaire, il convient de relever que, à l’origine, la doctrine des pouvoirs de police n’avait pas tant vocation à justifier des exceptions à une interdiction constitutionnelle qu’à désigner la sphère de compétence exclusive des Etats²⁰⁹⁴. Elle reflétait ainsi une conception, aujourd’hui révolue, du fédéralisme américain selon laquelle les compétences étatiques et fédérales étaient exclusives les unes des autres²⁰⁹⁵. Une cloison hermétique séparait donc, selon cette conception, les fonctions de l’Etat fédéral et celles des Etats fédérés²⁰⁹⁶ et le rôle des juridictions était de déterminer si les Etats avaient agi dans le cadre de leur pouvoir de police ou, au contraire, avaient cherché à réglementer le commerce interétatique, domaine relevant intégralement du pouvoir du Congrès.

582. Cette conception s’est révélée inopérante dans la mesure où elle reposait sur la fiction de l’étanchéité des domaines réglementés, c’est-à-dire sur l’idée que, matériellement, la sphère des pouvoirs de police et celle du commerce interétatique ne pouvaient se chevaucher. La Cour Suprême a dû admettre qu’une mesure pouvait relever à la fois de la compétence du Congrès – parce qu’elle affectait le commerce entre Etats – et de la compétence des Etats – parce qu’elle poursuivait un objectif local²⁰⁹⁷.

583. En conséquence, les pouvoirs de police ont progressivement acquis le statut d’exceptions à l’interdiction d’intervenir dans le champ de compétence du Congrès. Il en résulte que les institutions fédérales peuvent intervenir dans le champ des pouvoirs de police des Etats chaque fois que la matière concerne le commerce interétatique et, inversement, les Etats peuvent justifier une entrave au commerce interétatique en se fondant sur leur pouvoir

²⁰⁹³ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S., préc., p. 208. Le chief justice MARSHALL évoque « le pouvoir reconnu aux Etats de réglementer sa police, son commerce domestique et de gouverner ses propres citoyens ». V. à ce propos L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., pp. 1046 et s.

²⁰⁹⁴ V. not. *The Black-Bird Creek Marsh Co.*, 22 U.S. 245, préc.

²⁰⁹⁵ “*Dual Federalism Doctrine*”. A ce propos, v. not. N. R. WILLIAMS, “The Commerce Clause and the Myth of Dual Federalism”, *UCLA L. Rev.*, vol. 54, 2007, p. 1847.

²⁰⁹⁶ E. AUBER, « Etats-Unis versus Union européenne... », préc., p. 222

²⁰⁹⁷ V. en ce sens, *Cooley*, 53 U.S. 299, préc.

de police. D'exclusive, la compétence est devenue concurrente²⁰⁹⁸, transformant ainsi le fédéralisme dual en fédéralisme coopératif²⁰⁹⁹.

584. Inhérente à la souveraineté des Etats fédérés²¹⁰⁰, la notion de pouvoir de police n'a, volontairement, jamais fait l'objet d'une définition précise. Les juridictions qui ont tenté d'en définir les contours s'accordent généralement pour y inclure toutes les réglementations relatives à l'ordre public, la sécurité, la moralité, la santé, l'éducation et, de manière encore plus générale, au bien être de la population étatique²¹⁰¹. Certains juges ont même suggéré que la notion de pouvoir de police ne connaissait en réalité aucune limite matérielle si ce n'est celles figurant dans la Constitution²¹⁰². La liste des pouvoirs de police reste donc ouverte²¹⁰³.

585. Cette conception, intentionnellement vague, de la catégorie des pouvoirs de police a permis de faire progressivement entrer en son sein de nouveaux champs de compétence et de s'adapter, comme en Europe, à l'apparition de nouveaux besoins sociaux. Ainsi la protection des consommateurs²¹⁰⁴, la préservation de l'environnement²¹⁰⁵, la protection des animaux²¹⁰⁶, la sécurité routière²¹⁰⁷ ou encore la lutte contre la fraude²¹⁰⁸ ont-elles été jugées comme

²⁰⁹⁸ V. en ce sens *Huron Portland Cement Co.*, 362 U.S., préc., p. 442 : « [d]ans l'exercice [de leur pouvoir de police] les Etats et leurs démembrements peuvent agir; dans de nombreux domaines du commerce interétatique [...] concurremment avec le gouvernement fédéral ».

²⁰⁹⁹ Sur l'évolution des approches jurisprudentielles concernant la répartition des compétences entre la fédération et les Etats fédérés, v. K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, op. cit., pp. 122 et s. Sur les notions de fédéralisme dual et de fédéralisme coopératif et leur traduction dans l'UE, v. not. R. SCHÜTZE, "Dual federalism constitutionalised: the emergence of exclusive competences in the EC legal order", *ELRev.*, vol. 32, 2007, p. 3.

²¹⁰⁰ V. en ce sens *Ex Parte Tindal*, 229 P. 125, 130 (Okla. 1924) : « le pouvoir de police est un attribut de la souveraineté, détenu par tout Etat souverain [...]. Il est inhérent aux Etats de l'Union américaine et ne constitue pas une attribution [de pouvoir] dérivant de [la] Constitution ».

²¹⁰¹ V. par ex. *Barbier v. Connolly*, 113 U.S. 27, 31 (1884) ; *Railroad Co. v. Husen*, 95 U.S., préc., pp. 470-471 ; *Breard*, 341 U.S., préc., pp. 640-641.

²¹⁰² V. l'opinion dissidente des juges KENNEDY et ALITO in *G.W. Davies*, 553 U.S., préc., p. 362.

²¹⁰³ *Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri*, 342 U.S. 421, 424 (1952) : « les pouvoirs de polices ne sont pas limités à une catégorie étroite, mais s'étendent à l'ensemble des besoins publics ».

²¹⁰⁴ V. par ex. *Pacific States Box*, 296 U.S. 176, préc. ; *Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333, préc.

²¹⁰⁵ V. par ex. *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, préc. ; *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456, préc. ; *United Haulers Assn*, 550 U.S. 330, préc.

²¹⁰⁶ V. par ex. *Taylor*, 477 U.S. 131, préc.

²¹⁰⁷ V. par ex. *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S. 662, préc.

²¹⁰⁸ *California v. Thompson*, 313 U.S. 109 (1941).

relevant des pouvoirs de police des Etats²¹⁰⁹.

586. Contrairement à la Cour de justice²¹¹⁰, la Cour Suprême n’a jamais écarté, *prima facie*, une justification au motif que la mesure était discriminatoire. En conséquence, la qualification de la mesure n’est pas pertinente pour déterminer les raisons que les Etats peuvent invoquer devant le juge, même si elle joue un rôle déterminant dans l’acceptation ou le rejet des argumentations étatiques, puisqu’elle détermine le type de test de proportionnalité appliqué ultérieurement²¹¹¹ et le résultat du contrôle de constitutionnalité²¹¹². Ainsi a-t-elle toujours accepté d’examiner le motif de protection de l’environnement, que la mesure litigieuse soit indistinctement applicable²¹¹³ ou discriminatoire²¹¹⁴.

587. On relèvera, *in fine*, que les justifications des législations sont peu discutées en elles-mêmes. A l’exception des objectifs protectionnistes, les juridictions américaines acceptent les motifs allégués par les Etats et placent le débat à deux autres niveaux : la nature des mesures litigieuses – discriminatoires ou indistinctement applicables – et la proportionnalité des moyens employés au regard des objectifs poursuivis²¹¹⁵.

B. Exceptions à l’interdiction des discriminations entre les citoyens

588. La Constitution américaine interdit, à deux occasions, les discriminations entre les citoyens. Aux termes de la *Privileges and Immunities clause* de l’article IV, les Etats doivent accorder aux citoyens des autres Etats de l’Union les mêmes droits et avantages qu’à leurs propres citoyens. Le 14^{ème} amendement a trait, pour sa part, aux droits et privilèges associés à la citoyenneté américaine et protège tout citoyen des réglementations discriminatoires, quel

²¹⁰⁹ Pour un exposé plus détaillé des différents pouvoirs de police, v. not. D. P. KOMMERS and M. WAELBROECK, “Legal integration and the free movement of goods...”, *op. cit.*, pp. 174 et s.

²¹¹⁰ V. §2 de la présente section, *infra*.

²¹¹¹ V. chapitre 2, section 1, §1, A du présent titre, *infra*.

²¹¹² En présence d’une mesure discriminatoire, la Cour exerce un contrôle strict de proportionnalité qui, en pratique, conduit, dans la plupart des cas, à une décision d’inconstitutionnalité. Inversement, si la mesure est indistinctement applicable, la Cour met en œuvre un contrôle souple de proportionnalité et conclut quasiment toujours au respect de la Constitution (v. chapitre 2, section 1, §1, A, *infra*).

²¹¹³ V. par ex. *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456, préc.

²¹¹⁴ V. par ex. *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, préc. ; *Fort Gratiot Sanitary Landfill, Inc.*, 504 U.S. 353, préc. ; *Chemical Waste Management, Inc.*, 504 U.S. 334, préc.

²¹¹⁵ V. chapitre 2, section 1, §1, A, *infra*.

que soit le fondement de la discrimination²¹¹⁶.

589. Si la Constitution ne mentionne pas d'exception à ce principe, la Cour Suprême a toujours affirmé que « la *Privileges and Immunities clause* n'est pas absolue »²¹¹⁷. D'une part, la Cour Suprême a considéré que la *Privileges and Immunities clause* interdisait seulement les discriminations affectant un droit fondamental²¹¹⁸. C'est ainsi que le droit au travail est protégé²¹¹⁹, mais non le droit aux loisirs, tel que celui de chasser²¹²⁰. D'autre part, une discrimination peut être acceptée dès lors que la différence de traitement est fondée sur une « raison substantielle »²¹²¹. Sans nécessairement conclure, *in fine*, à la proportionnalité de la mesure, les juridictions américaines semblent avoir accepté, en tant que « raison substantielle », entre autres, la lutte contre les problèmes économiques et sociaux et, plus précisément, contre le chômage²¹²², la territorialité de l'impôt²¹²³ ou encore la protection de la faune et de la flore²¹²⁴.

590. Comme pour le contentieux relatif à la *dormant commerce clause*, les juridictions s'étendent peu sur les justifications des législations²¹²⁵. L'étude de la jurisprudence révèle, en effet, que l'analyse porte davantage sur la nature des droits affectés – droit fondamental ou non – et sur la démonstration d'un lien substantiel entre l'objectif poursuivi et la mesure adoptée²¹²⁶.

²¹¹⁶ V. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, § 3, *supra*.

²¹¹⁷ *Toomer v. Witsell*, 334 U.S., préc., p. 396.

²¹¹⁸ V. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, § 3, *supra*.

²¹¹⁹ V. par ex. *Building Trades Council*, 465 U.S. 208, préc.

²¹²⁰ *Baldwin*, 436 U.S., préc., p. 383.

²¹²¹ *Building Trades Council*, 465 U.S., préc., p. 222. Sur la notion de raison substantielle, v. W. Z. HIRSCH and D. FLOYD, "The Substantial Reason Requirement under the Privileges and Immunities Clause: the Case of Residency Law", *Sw. U. L. Rev.*, vol. 15, 1984-1985, p. 431.

²¹²² *Hicklin v. Orbeck*, 437 U.S. 518, préc. ; *Building Trades Council*, 465 U.S., préc., p. 222.

²¹²³ *Travis v. Yale & Towne Mfg. Co.*, 252 U.S. 60, préc. Cette raison n'est toutefois pas toujours suffisante pour justifier certaines discriminations fiscales à l'égard des non résidents. V. par ex. *Lunding*, 522 U.S. 287, préc.

²¹²⁴ *State v. Kemp*, 73 S.D. 458, 44 N.W.2d 214 (1950) (arrêt rendu par la Cour Suprême du Dakota du Sud. La Cour Suprême des Etats-Unis a refusé d'examiner le recours (340 U.S. 923 (1951))).

²¹²⁵ V. à ce propos, D. S. BOGEN, "The Privileges and Immunities Clause of Article IV", *Case W. Res. L. Rev.*, vol. 37, 1986-1987, p. 795, *spéc.* p. 858.

²¹²⁶ V. chapitre 2, section 1, §1, B et C du présent titre, *infra*.

§ 2. Dans l'Union européenne : une liste théoriquement dépendante de la nature de la mesure litigieuse et de la liberté de circulation en cause

591. A l'inverse de la Constitution américaine, le TFUE interdit explicitement les entraves aux libertés de circulation et prévoit, corollairement, des exceptions à cette interdiction. Ces exceptions sont limitativement énumérées aux articles 36, 45, paragraphes 3 et 4, 51, 52 et 65 TFUE (ex-articles 30, 39, paragraphes 3 et 4, 45, 46 et 58 CE).

592. Seuls deux motifs, figurant dans le traité, peuvent être invoqués indépendamment de la liberté de circulation affectée par la réglementation nationale litigieuse : l'ordre public et la sécurité publique. Cette reconnaissance transversale se justifie par le lien étroit qu'entretiennent ces intérêts avec l'exercice de la souveraineté étatique²¹²⁷. La santé publique complète cette liste en ce qui concerne la libre circulation des marchandises, des personnes et des services.

593. Tandis que les articles 45, paragraphe 3, 52 et 65 TFUE, relatifs respectivement à la libre circulation des travailleurs, des services, des capitaux et à la liberté d'établissement se limite à ces dérogations, l'article 36 TFUE, relatif à la libre circulation des marchandises, contient plusieurs autres motifs de justification : la protection de la moralité publique, des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou encore la protection de la propriété industrielle et commerciale. En outre, la référence à la santé est plus précise puisqu'il n'est pas seulement question de la santé publique mais de la « protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux [et] de [la] préservation des végétaux ».

594. Cette différence quant à la liste des justifications admissibles pourrait, de prime abord, apparaître comme une plus grande liberté laissée aux Etats en matière de réglementations des marchandises. Ce serait oublier que les rédacteurs du traité avaient, dans le domaine de la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, limité les interdictions aux mesures discriminatoires²¹²⁸. Les trois justifications avaient donc pour fonction de permettre aux Etats d'opérer des différenciations entre leurs nationaux et les ressortissants d'autres Etats membres de l'Union. En revanche, en matière de marchandises, les rédacteurs se sont

²¹²⁷ V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 218.

²¹²⁸ Voir à ce propos, la 1^{ère} partie de la thèse, *supra*.

focalisés sur les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives. A cet égard, et même si des ambiguïtés ont persisté jusque dans les années 1980²¹²⁹, la suppression des mesures discriminatoires n'était pas suffisante. Les Etats avaient également l'obligation d'éliminer de leur arsenal juridique toute mesure susceptible de réduire les importations. Dès lors, on conçoit mieux qu'en ce domaine, les gouvernements aient pu se prévaloir de justifications supplémentaires. L'encadrement plus strict des compétences étatiques pour réglementer la commercialisation des marchandises s'est accompagné de la faculté d'invoquer d'autres raisons que l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique pour justifier certaines réglementations spécifiques.

Il convient de relever, par ailleurs, que certaines des justifications supplémentaires ont pu logiquement paraître comme inappropriées en dehors du contexte des marchandises. Tel est le cas par exemple de la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique. De même les règles en matière de protection de la propriété industrielle et commerciale visaient-elles, à cette époque, à protéger essentiellement les droits des producteurs de marchandises.

A ces deux justifications s'ajoute la protection de la moralité publique qui aurait, certes, pu trouver sa place parmi les dispositions relatives à la libre circulation des personnes. L'absence de ce motif aux articles 45 et 52 TFUE n'a cependant pas empêché les Etats de limiter la circulation des personnes pour des raisons de moralité : les notions d'ordre public et de sécurité publique ont en effet permis de pallier l'absence de référence à cette justification²¹³⁰.

595. Outre la reconnaissance d'exceptions aux libertés de circulation, les rédacteurs du traité ont également prévu deux hypothèses d'inapplicabilité du traité en matière de libre circulation des personnes, de libre prestation de services et de liberté d'établissement. D'une part, les

²¹²⁹ Si l'arrêt *Cassis de Dijon* a clairement montré qu'une mesure indistinctement applicable pouvait constituer une entrave contraire au traité, certains auteurs ont maintenu que seules des mesures discriminatoires en droit ou en fait étaient susceptibles d'être interdites (v. par ex. G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle... », préc., p. 291). La généralisation du principe de reconnaissance mutuelle et la mise en œuvre progressive d'un test fondé sur l'accès au marché, indépendamment de toute analyse de la situation des produits nationaux, a largement montré que cette appréciation ne correspondait pas à la réalité. V. à ce sujet 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 1, A, 2, *supra*.

²¹³⁰ V. par ex. CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec.* p. 1337 et CJCE, 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille c/ Belgique*, aff. jtes 115 et 116/81, *Rec.* p. 1665. Dans ces deux affaires, des mesures visant à prévenir l'entrée sur le territoire de personnes ou à procéder à leur expulsion n'ont pas été discutées sur le fondement de la moralité mais de l'ordre public. On perçoit cependant bien, en particulier dans l'affaire *Adoui et Cornuaille*, que les notions d'ordre public et de moralité publique peuvent être étroitement liées. Par ailleurs, la moralité publique a été admise en tant que raison impérieuse d'intérêt général (voir par ex. CJCE, *Schindler*, aff. C-275/92, préc., pt 60).

emplois dans l'administration publique échappent au principe d'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité posé par l'article 45 TFUE. D'autre part, en vertu de l'article 51 TFUE, les activités participant à l'exercice de l'autorité publique ne sont pas soumises aux règles relatives à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement.

596. Ces listes d'exceptions sont en principe exhaustives²¹³¹. Or, « *il est vite apparu que les exceptions ainsi créées ne pourraient pas assurer une protection efficace de tous les intérêts mis en cause par la réalisation des libertés instituées par le traité* »²¹³², d'autant que la Cour de justice a élargi son contrôle aux mesures non discriminatoires²¹³³. Dès lors, comme le relève le professeur HATZOPOULOS, « *la mise en place d'un mécanisme de justification des mesures nationales liées à l'intérêt général constitue la contrepartie du dépassement de la discrimination comme critère de la transgression des dispositions organisant les libertés communautaires* »²¹³⁴. C'est pourquoi, les juges de Luxembourg acceptent, depuis l'arrêt *Cassis de Dijon*²¹³⁵, d'examiner d'autres justifications, de nature non économique²¹³⁶, qualifiées d'exigences impératives d'intérêt général en matière de libre circulation des marchandises et de raisons impérieuses d'intérêt général dans les autres domaines du marché intérieur²¹³⁷. Ces justifications recouvrent les intérêts les plus variés, tels que la protection de la sécurité routière²¹³⁸, la bonne administration de la justice²¹³⁹, la politique culturelle²¹⁴⁰, la cohérence fiscale²¹⁴¹, la protection des consommateurs²¹⁴², etc.²¹⁴³ La Cour de justice n'a, en

²¹³¹ CJCE, *Souvenirs d'Irlande*, aff. 113/80, préc., pt 7 ; CJCE, *Masgio*, aff. C-10/90, préc., pt 24.

²¹³² V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 194.

²¹³³ V. 1^{ère} partie, titre 2, *supra*.

²¹³⁴ V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 230.

²¹³⁵ CJCE, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, préc.

²¹³⁶ V. section 1, §1 du présent chapitre, *supra*.

²¹³⁷ La Cour de justice n'a jamais expliqué pourquoi elle employait une terminologie différente, mais cette différence semble relever du pur formalisme (v. not. V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 193), d'autant que l'emploi respectif des expressions « exigences impératives » et « raisons impérieuses » est loin d'être rigoureux. Ainsi, dans l'arrêt *De Agostini and TV-shop*, la Cour utilise le terme « exigences impératives » en matière de libre prestation de services (CJCE, *De Agostini and TV-shop*, aff. jtes C-34 à 36/95, préc.). Par ailleurs, dans certains arrêts la Cour ne recourt à aucune des deux expressions, se référant plus globalement à l'intérêt général (v. par ex. CJCE, *Debaue*, aff. 52/79, préc.).

²¹³⁸ V. par ex. CJCE, 15 mars 2007, *Commission c/ Finlande*, aff. C-54/05, *Rec.* p. I-2473.

²¹³⁹ V. par ex. CJCE, *Reisbüro Broede*, aff. C-3/95, préc.

²¹⁴⁰ V. par ex. CJCE, *Gouda*, aff. C-288/89, préc.

²¹⁴¹ CJCE, *Schumacker*, aff. C-279/93, préc.

effet, quasiment jamais refusé de qualifier un motif d'exigence impérative ou de raison impérieuse²¹⁴⁴, préférant se placer sur le terrain du contrôle de proportionnalité²¹⁴⁵. Elle n'accepte, toutefois, d'examiner ces justifications qu'à la condition que la mesure litigieuse soit indistinctement applicable.

597. Aussi, doit-on, en principe, procéder à la qualification préalable de la mesure avant d'examiner ses justifications. Si la mesure est discriminatoire, seules des justifications figurant dans le traité peuvent être alléguées. En revanche, si la mesure est indistinctement applicable, les Etats sont en droit d'invoquer tout intérêt légitime.

598. Force est de constater que cette distinction ne résiste pas à l'analyse. Sans y avoir renoncé²¹⁴⁶, la Cour l'a, en effet, contournée dans un grand nombre de cas (A).

599. A cette distinction entre mesure discriminatoire et mesure indistinctement applicable, est récemment venue s'ajouter une seconde distinction. Depuis l'entrée en vigueur de la directive services²¹⁴⁷, les Etats ne sont plus en mesure d'invoquer les raisons impérieuses de leur choix pour justifier leurs restrictions à la libre prestation de services. La directive a en effet établi une liste fermée de justifications. En revanche, la liste demeure ouverte en ce qui concerne la liberté d'établissement. En conséquence, le régime des exceptions varie selon la liberté de circulation affectée. Les entraves non discriminatoires à la libre circulation des marchandises, à la libre circulation des personnes, à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux peuvent, en principe, être justifiées par tout intérêt de nature non

²¹⁴² V. par ex. CJCE, *Houtwipper*, aff. C-293/93, préc. ; CJCE, 11 juin 2009, *Commission c/ Autriche* (« agents de brevet »), aff. C-564/07, *Rec. p. I-100** (Pub. somm.). La protection des consommateurs est sans doute l'une des exceptions les plus souvent invoquées par les Etats (V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 200).

²¹⁴³ Nous ne procéderons pas à une analyse détaillée des intérêts reconnus par la Cour. Pour de plus amples développements sur les exigences impératives et les raisons impérieuses d'intérêt général, v. not. V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc. ; D. MARTIN, « “Discriminations”, “entraves” et “raisons impérieuses” dans le traité CE... », préc. ; P. OLIVER, *Free movement of goods...*, *op. cit.*, pp. 235-384 (en matière de libre circulation des marchandises) ; C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, *op. cit.*, pp. 215 et s. Pour une classification des justifications invocables par les Etats, v. également D. RITLENG, « Les Etats membres face aux entraves », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 303.

²¹⁴⁴ Par exception, v. l'arrêt *Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos* : en l'espèce, la Cour de justice a exclu que la promotion de denrées alimentaires de qualité puisse justifier, en soi, une entrave à la libre circulation des marchandises (CJCE, *Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos*, aff. jtes C-158 et 159/04, préc., pt 23).

²¹⁴⁵ V. V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 202.

²¹⁴⁶ Pour un exemple récent, v. CJUE, *Engelmann*, aff. C-64/08, préc., pt 34.

²¹⁴⁷ Directive 2006/123/CE, préc. La directive est entrée en vigueur le 28 décembre 2006. Elle devait être transposée avant le 28 décembre 2009.

économique. Les mesures entrant dans le champ d'application de la directive 2006/123/CE, dès lors qu'elles affectent la libre prestations de services, ne peuvent être maintenues ou introduites qu'à la condition d'être nécessaires pour remplir l'une des quatre raisons mentionnées à l'article 16 de la directive (B).

A. Une distinction entre mesures discriminatoires et mesures indistinctement applicables largement dépassée

600. Aux termes de la jurisprudence de la Cour, les « *réglementations qui ne sont pas indistinctement applicables [...] et qui sont, dès lors, discriminatoires ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse* » du traité²¹⁴⁸.

601. Outre que cette affirmation apparaît, à l'examen, inexacte, elle est problématique et lacunaire.

Cette affirmation est problématique et lacunaire, d'une part, parce qu'elle suppose la classification préalable des mesures litigieuses dans l'une des deux catégories – mesure discriminatoire ou mesure indistinctement applicable – et semble reposer sur le postulat qu'une mesure relèverait nécessairement de l'une ou de l'autre catégorie, sans pouvoir appartenir aux deux, puisque, en principe, des régimes différents s'appliquent selon la qualification retenue²¹⁴⁹. Or, tel n'est pas le cas, une mesure pouvant être indistinctement applicable dans sa forme mais discriminatoire dans ses effets²¹⁵⁰. La Cour n'a pas clairement tranché la question du régime des mesures indirectement discriminatoires. Tantôt, elle a choisi de souligner les effets discriminatoires et a, en conséquence, assimilé les discriminations indirectes aux discriminations directes, refusant d'examiner d'autres justifications que celles

²¹⁴⁸ CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, aff. 352/85, *Rec.* p. 2085, pt 32 (en matière de libre prestation de services. La Cour a confirmé cette analyse dans des arrêts récents. V. par ex. CJCE, *Servizi Ausiliari Commercialisti*, aff. C-451/03, préc., pt 36 ; CJCE, 21 janvier 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-546/07, *Rec.* p. I-439, pt 47). Dans un sens similaire, en matière de libre circulation des marchandises : v. CJCE, *Souvenirs d'Irlande*, aff. 113/80, préc. ; CJCE, *Du Pont de Nemours*, aff. 21/88, préc., pt 25 ; CJCE, 24 *Schwarz*, aff. C-366/04, pt 30. En matière de liberté d'établissement : CJCE, 29 avril 1999, *Royal Bank of Scotland*, aff. C-311/97, *Rec.* p. I-2651, pt 32.

²¹⁴⁹ V. en ce sens le pt 34 des conclusions de l'avocat général TESAURO sous l'arrêt CJCE, 28 avril 1998, *Safir*, aff. C-118/96, *Rec.* p. I-1897.

²¹⁵⁰ V. 1^{ère} partie, titre 1, *supra*. V. également M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 181. Le professeur FALLON relève les difficultés particulières liées à cette catégorie intermédiaire de mesures.

du traité²¹⁵¹ ; tantôt, elle a occulté un tel effet, s'abstenant de qualifier la mesure²¹⁵², et a, dès lors, appliqué le régime des mesures indistinctement applicables²¹⁵³. Il nous semble, cependant, qu'elle a davantage suivi la seconde voie²¹⁵⁴, notamment en raison d'une conception large de l'effet discriminatoire²¹⁵⁵ qui implique, en contrepartie, une approche moins restrictive des justifications. Dès lors, l'interdiction d'invoquer d'autres exceptions que celles du traité ne vaudrait qu'à l'égard des mesures directement discriminatoires²¹⁵⁶.

L'affirmation est inexacte, d'autre part, parce que, à l'examen, la jurisprudence montre que la plupart des justifications du traité ne peuvent être employées qu'à la condition que la mesure soit indistinctement applicable (1). Inversement, la Cour de justice a pu accepter certaines justifications prétoriennes à l'appui de mesures discriminatoires (2). Pour des raisons théoriques, elle se refuse toujours à consacrer cette unification du régime des entraves. La pertinence de ces raisons nous semble toutefois relative, de telle sorte qu'un revirement de jurisprudence apparaîtrait raisonnable (3).

1. Les exceptions, qu'elles figurent dans le traité ou ressortent de la jurisprudence, ne permettent généralement pas de justifier une mesure directement discriminatoire

602. Selon la formule désormais consacrée, « *les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions : qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient pas des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce*

²¹⁵¹ V. par ex. CJCE, 29 avril 1999, *Ciola c/ Land Vorarlberg*, aff. C-224/97, *Rec.* p. I-2517 ; CJCE, *Douwe Egberts*, aff. C-239/02, préc.

²¹⁵² V. en ce sens, M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 182.

²¹⁵³ V. par ex. CJCE, *Prantl*, aff. 16/83, préc. ; CJCE, *De Agostini and TV-shop*, aff. jtes C-34 à 36/95, préc., pts 44-45.

²¹⁵⁴ V. en ce sens, le pt 47 (et la jurisprudence citée) des conclusions de l'avocate générale STIX-HACKL sous l'arrêt CJCE, 30 janvier 2007, *Commission c/ Danemark*, aff. C-150/04, *Rec.* p. I-1163 et le pt 77 des conclusions de l'avocate générale KOKOTT sous l'arrêt CJCE, 5 mars 2009, *UTECA*, aff. C-222/07, *Rec.* p. I-1407.

²¹⁵⁵ V. à ce propos les ambiguïtés que nous avons relevées concernant le test de l'accès au marché : la Cour constate souvent que les mesures litigieuses affectent davantage les produits importés ou les opérateurs d'autres Etats membres (v. 1^{ère} partie, titre 2, *supra*).

²¹⁵⁶ V. en ce sens A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 489.

*qui est nécessaire pour l'atteindre »*²¹⁵⁷.

Pour qu'une restriction à une liberté fondamentale soit jugée conforme au traité, la Cour de justice exige donc, en premier lieu, que la mesure soit non discriminatoire²¹⁵⁸. A première vue, cette condition apparaît contradictoire avec sa jurisprudence selon laquelle une mesure discriminatoire pourrait être justifiée, pour autant que la justification invoquée figure dans le traité. L'énoncé de la Cour doit toutefois se comprendre dans le cadre qu'il déploie, c'est-à-dire celui des mesures indistinctement applicables. L'exigence est donc, en quelque sorte, tautologique puisque seules les mesures non discriminatoires sont appréciées au regard de cette grille d'analyse. Aussi, ne ressort-il pas de cette formule qu'une mesure discriminatoire ne pourrait être justifiée. Toutefois, elle est révélatrice, à notre sens, des ambiguïtés de la Cour concernant le traitement des entraves discriminatoires.

603. La pratique décisionnelle montre, en effet, que les exceptions énumérées dans le traité permettent très rarement de justifier une mesure discriminatoire. En outre, depuis l'expiration du délai de transposition de la directive « services », ces exceptions ne peuvent, en principe, plus être invoquées pour justifier des mesures relevant de cette directive (α).

Les dérogations figurant aux articles 45 et 51 TFUE doivent toutefois être isolées : celles-ci visent en effet spécifiquement des mesures discriminatoires. Cette circonstance explique d'ailleurs, sans doute, la sévérité de la Cour lorsque les Etats sont conduits à invoquer ces dérogations (β).

α. L'analyse de la jurisprudence révèle que les exceptions du traité n'autorisent pas, en principe, l'adoption de mesures discriminatoires

604. Le professeur WAELBROECK, dans un article de 1975 relatif aux réglementations nationales des prix et à la libre circulation des marchandises, avait déjà relevé que « *des restrictions d'importation ne sauraient être « justifiées » par des raisons de moralité publique, d'ordre public ou de sécurité publique que si elles s'appliquent également aux*

²¹⁵⁷ CJCE, *Gebhard*, aff. C-55/94, préc., pt 37. La formule a été reprise en substance dans de nombreux arrêts. V. par ex. CJCE, *Inspire Art*, aff. C-167/01, préc., pt 133 ; CJCE, 19 janvier 2006, *Colegio*, aff. C-330/03, *Rec.* p. I-801, pt 30 ; CJCE, *agents de brevet*, aff. C-564/07, préc., pt 31. Il convient de relever que, si la Cour fait référence aux libertés fondamentales de manière générale, la formule n'a pas, à notre connaissance, été employée en matière de libre circulation des marchandises. Pour autant, les obstacles à la circulation des marchandises sont, en pratique, appréciés à l'aune des mêmes critères, de telle sorte que, tout en maintenant un certain cloisonnement terminologique entre les libertés de circulation, la Cour a largement unifié son analyse (v. *infra*, chapitre 2 du présent titre).

²¹⁵⁸ V. en ce sens C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, *op. cit.*, pp. 242-243.

produits nationaux. Il en va de même de la plupart des mesures prises en vue de protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou de préserver les végétaux : sauf dans les rares cas où l'application d'une mesure d'ordre sanitaire aux seuls produits importés se justifie par les risques particuliers créés par ceux-ci, pareille mesure devra normalement être non discriminatoire pour pouvoir bénéficier de l'application de l'article 36 [CEE]. [...] Seule la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique est de nature à justifier des mesures formellement discriminatoires »²¹⁵⁹.

605. Certains arrêts ultérieurs à l'article du professeur WAELBROECK peuvent nous conduire à nuancer son propos²¹⁶⁰. Toutefois, il demeure exact, à notre sens, que la plupart des exceptions du traité ne sont invocables qu'en présence de mesures indistinctement applicables²¹⁶¹.

606. Ainsi, à la lecture de la jurisprudence, il apparaît que la protection de la santé ne constitue pas, en principe, une raison légitime de défavoriser les marchandises importées par rapport aux marchandises produites sur le territoire national. Dans les affaires relatives à des mesures discriminatoires, la Cour de justice a souvent écarté une telle justification en s'appuyant, notamment, sur le paragraphe 2 de l'article 36 TFUE qui stipule que les restrictions à la libre circulation des marchandises « *ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres* ». La distinction entre la discrimination et la « discrimination arbitraire » est difficile à percevoir²¹⁶². Toutefois, cette précision s'est révélée utile dans la mesure où elle a permis à la Cour d'exiger, dans la plupart des situations, que les Etats appliquent, quel que soit

²¹⁵⁹ M. WAELBROECK, *Les réglementations nationales de prix...*, *op. cit.*, p. 29.

²¹⁶⁰ V. *infra*.

²¹⁶¹ V. à ce propos, R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, *op. cit.*, pp. 469 et s.

²¹⁶² Pour certains auteurs, dont nous partageons l'avis, l'expression de « discrimination arbitraire » relèverait du pléonasme puisqu'une différence de traitement justifiée ne constituerait, *in fine*, pas une discrimination (v. not. P. OLIVER, *Free movement of goods...*, *op. cit.*, p. 182 ; R. KOVAR, « Liberté des échanges, droit de brevet et savoir-faire », *JurisClasseur Europe*, fasc. 1720, 2002, pt 62). Toutefois, la seconde phrase de l'article 36 TFUE n'est pas inutile. Elle poursuit, à notre sens, une double finalité : d'une part, elle indique que, sous couvert d'un intérêt légitime, un Etat ne saurait adopter de mesures ayant une finalité protectionniste (v. à ce propos, la section 1 du présent chapitre, *supra*) et, d'autre part, elle implique la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité des mesures dont les Etats prétendent qu'elles relèvent de la première phrase de l'article 36 (v. chapitre 2, section 1, §2 du présent titre, *infra*).

l'objectif poursuivi, le même traitement aux produits nationaux et importés²¹⁶³, sans affirmer par ailleurs que toute discrimination était interdite. Ainsi, dans l'arrêt *Rewe-Zentralfinanz c/ Landwirtschaftskammer Bonn* du 8 juillet 1975, la Cour a observé que « *le fait de soumettre les produits végétaux importés d'un autre Etat membre à un contrôle phytosanitaire, dès lors que les produits nationaux ne sont pas soumis à un contrôle équivalent, en cas d'expédition à l'intérieur de l'Etat membre, pourrait constituer une discrimination arbitraire* »²¹⁶⁴. De même, dans l'arrêt *Publicité pour l'alcool* du 10 juillet 1980²¹⁶⁵, la Cour a conclu qu'« [une] législation restrictive de la publicité des boissons alcoolisées n'est conforme aux exigences de l'article 36 [CEE] que si elle s'applique de manière identique à toutes les boissons concernées, quelle que soit leur origine »²¹⁶⁶. Elle a donc exclu que la protection de la santé publique puisse justifier une mesure discriminatoire à l'égard des boissons alcoolisées importées. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où les marchandises importées présentent un danger particulier par rapport aux marchandises *a priori* similaires de l'Etat, qu'elles peuvent faire l'objet d'un traitement spécifique au titre de la santé publique. Dans cette hypothèse, la mesure est, en effet, jugée non-discriminatoire²¹⁶⁷.

607. La protection de la moralité publique ne permet pas davantage aux Etats d'opérer une distinction entre les produits nationaux et les produits importés. Cette règle ressort de l'arrêt *Conegate* de 1986²¹⁶⁸, dans lequel la Cour a jugé contraire à l'article 34 TFUE une législation britannique interdisant l'importation de certaines marchandises, au motif qu'elles seraient indécentes ou obscènes, alors que de telles marchandises pouvaient être fabriquées sur le territoire national et partiellement commercialisées. Elle a affirmé, à cet égard, que « *la nature choquante d'une marchandise ne saurait être considérée comme ayant un degré suffisant de gravité pour justifier des restrictions à la libre circulation des marchandises lorsque l'Etat membre concerné ne prend pas, à l'égard des mêmes marchandises fabriquées ou commercialisées à l'intérieur de son territoire, des mesures répressives ou d'autres mesures*

²¹⁶³ V. en ce sens A. MATTERA, « La libre circulation des marchandises et les articles 30 à 36 du traité CEE », préc., p. 514 : « *la limite de l'article 36, § 2 signifie notamment que les Etats membres ne sauraient invoquer l'article 36 en adoptant des mesures qui ne seraient applicables qu'aux seuls produits importés ou exportés, sans qu'un traitement analogue soit prévu également pour les produits nationaux* ».

²¹⁶⁴ CJCE, *Rewe-Zentralfinanz*, aff. 4/75, préc., pt 8.

²¹⁶⁵ CJCE, *Publicité pour l'alcool*, aff. 152/78, préc.

²¹⁶⁶ Pt 18 de l'arrêt.

²¹⁶⁷ Par analogie, v. CJCE, *ESB*, aff. C-180/96, préc., pts 114-116.

²¹⁶⁸ CJCE, *Conegate*, aff. 121/85, préc.

réelles et effectives destinées à en empêcher la distribution sur son territoire »²¹⁶⁹.

608. La protection de l'ordre public et de la sécurité publique semble laisser davantage de latitude aux Etats. A notre connaissance, toutefois, la Cour n'a autorisé qu'exceptionnellement un Etat à privilégier des produits nationaux pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique. Dans l'affaire *Campus Oil*²¹⁷⁰, elle a admis que l'objectif de sécurité publique pouvait justifier une réglementation irlandaise imposant aux importateurs de produits pétroliers de s'approvisionner, à concurrence d'un certain pourcentage et à des prix fixés par le ministre compétent, auprès d'une société nationale. Cette reconnaissance est toutefois motivée par la nature particulière du produit en jeu à laquelle la Cour consacre un paragraphe. Les juges relèvent, à cette occasion, l'« *importance exceptionnelle* [des produits pétroliers] *comme source d'énergie dans l'économie moderne* » et leur caractère fondamental « *pour l'existence d'un Etat dès lors que le fonctionnement non seulement de son économie mais surtout de ses institutions et de ses services publics essentiels et même la survie de sa population en dépendent* »²¹⁷¹. Aussi en concluent-ils qu'« [u]ne interruption de l'approvisionnement en produits pétroliers et les risques qui en résultent pour l'existence d'un Etat peuvent dès lors gravement affecter sa sécurité publique »²¹⁷². Cette jurisprudence est toutefois demeurée isolée²¹⁷³ : dans l'arrêt *Commission c/ Grèce* du 25 octobre 2001²¹⁷⁴, la Cour de justice a considéré que la réglementation grecque permettant aux sociétés de commercialisation de produits pétroliers de transférer leur obligation de stocker certaines quantités de produits aux raffineries établies en Grèce à la condition qu'elles s'approvisionnent en produits pétroliers auprès de celles-ci ne pouvait être justifiée par des raisons de sécurité publique. On relèvera également que, saisie de réglementations similaires prévoyant l'obligation de se fournir auprès d'entreprises locales, la Cour de justice a rapidement écarté toute justification dès lors qu'il ne s'agissait pas de marchandises « stratégiques »²¹⁷⁵.

²¹⁶⁹ Pt 15 de l'arrêt.

²¹⁷⁰ CJCE, *Campus Oil*, aff. 72/83, préc.

²¹⁷¹ Pt 34 de l'arrêt.

²¹⁷² *Id.*

²¹⁷³ Le professeur RASMUSSEN a d'ailleurs souligné l'attitude particulièrement clémentine de la Cour dans l'arrêt *Campus Oil*, tranchant avec l'approche pro-intégrationniste généralement adoptée (v. H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 15-16).

²¹⁷⁴ CJCE, *Produits pétroliers*, aff. C-398/98, préc.

²¹⁷⁵ CJCE, *Du Pont de Nemours*, aff. 21/88, préc.

609. En matière de libre circulation des personnes, les justifications figurant dans le traité, c'est-à-dire l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, permettent d'adopter des mesures s'appliquant spécifiquement aux étrangers, telles des mesures d'éloignement et d'interdiction de séjour. Toutefois, l'Etat doit, au préalable, démontrer que le comportement à l'origine de la mesure fait également l'objet de sanctions lorsque son auteur est un ressortissant national. En effet, « *un Etat membre ne saurait invoquer utilement les raisons d'ordre public à l'égard d'un comportement d'un non-ressortissant, dans la mesure où il ne prend pas des mesures répressives ou d'autres mesures réelles et efficaces quand ce même comportement est le fait de ses propres ressortissants* »²¹⁷⁶. Si la Cour n'exige donc pas un traitement strictement identique, elle impose au moins un traitement équivalent dans ses effets²¹⁷⁷.

610. En matière de libre prestation de services et de liberté d'établissement, les Etats ont régulièrement invoqué la protection de l'ordre public ou de la sécurité publique pour justifier des mesures discriminatoires. Or, la Cour a généralement considéré que les objectifs poursuivis pouvaient être atteints sans qu'un traitement différencié des opérateurs économiques nationaux et ressortissants d'autres Etats membres soit nécessaire²¹⁷⁸. Ainsi, la Cour de justice accepte d'examiner si des mesures imposant la création d'un établissement stable pour l'exercice d'une activité sont justifiées par la protection de l'ordre public ou de la sécurité publique. Cependant, dans la mesure où une telle exigence constitue une atteinte particulièrement grave²¹⁷⁹ et discriminatoire²¹⁸⁰ à la libre prestation de services, la Cour a

²¹⁷⁶ CJCE, *Adoui et Cornuaille*, aff. 115 et 116/81, préc., pt 8 ; CJUE, 16 décembre 2010, *Josemans*, aff. C-137/09, *Rec.* p. I-13019, pt 76.

²¹⁷⁷ La Cour a, toutefois, jugé dans l'affaire *Josemans*, préc., qu'une commune néerlandaise était en droit d'interdire la vente, aux non résidents, de cannabis dans les coffee-shops pour des raisons de lutte contre le tourisme de la drogue, objectif rattaché à la protection de l'ordre public. Même si la mesure est discriminatoire, elle est justifiée dans la mesure où tous les autres Etats interdisent la mise en vente de tels produits.

²¹⁷⁸ V. par ex. CJCE, 10 juillet 1986, *Segers*, aff. 79/85, *Rec.* p. 2375 ; CJCE, *Bond van Adverteerders*, aff. 352/85, préc. ; CJCE, 5 décembre 1989, *Commission c/ Italie*, aff. 3/88, *Rec.* p. 4035 ; CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-114/97, préc. Un des rares cas dans lequel les risques d'atteinte à l'ordre public ont été jugés suffisants pour justifier une mesure discriminatoire est l'arrêt *Josemans*, préc. Cette décision s'explique par la nature particulière de l'activité concernée : la vente de stupéfiants.

²¹⁷⁹ Pour la Cour, une telle exigence est la « négation même » de la libre prestation de services (v. CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-439/99, préc., pt 30 ; CJCE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz*, aff. C-452/04, *Rec.* p. I-9521, pt 30).

²¹⁸⁰ V. par ex. CJCE, *Servizi Ausiliari Commercialisti*, aff. C-451/03, préc. ; CJUE, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-546/07, préc. ; CJUE, *Engelmann*, aff. C-64/08, préc. Toutefois, une telle qualification n'est pas automatique et conduit, en conséquence, à certaines incohérences jurisprudentielles, la Cour ayant parfois accepté d'examiner des raisons impérieuses (v. not. V. par ex. CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-131/01, préc. ; CJCE, *Commission c/ France*, aff. C-496/01, préc.).

toujours conclu que les Etats n'avaient pas démontré une menace suffisante de nature à justifier leurs réglementations²¹⁸¹.

En tout état de cause, la directive « services »²¹⁸² semble avoir clarifié la question de l'invocabilité de telles exceptions à l'égard des mesures discriminatoires. En effet, toute restriction à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services entrant dans le champ d'application matériel de la directive²¹⁸³ ne peut être justifiée, quel que soit l'intérêt invoqué, qu'à la condition d'être appliquée de manière non-discriminatoire²¹⁸⁴. Dès lors, depuis l'expiration du délai de transposition de la directive, toute discrimination est interdite, sans exception possible.

611. Ces quelques exemples démontrent, selon nous, que la faculté des Etats à invoquer les exceptions du traité pour justifier une mesure discriminatoire est, en réalité, très théorique²¹⁸⁵. Certes, contrairement aux justifications prétoriennes, qui sont, selon la jurisprudence, d'emblée exclues, la Cour accepte d'examiner les justifications prévues par le texte du traité, et c'est sur le terrain du contrôle de proportionnalité ou, pour les marchandises, sur le fondement de l'article 36, § 2 TFUE, que la Cour se place pour écarter les arguments des Etats. Le résultat est néanmoins le même : l'identification d'une discrimination entraîne la condamnation quasi-automatique de la mesure litigieuse²¹⁸⁶.

612. A notre sens, le traité autorise réellement les Etats à prévoir des discriminations dans deux cas seulement : certaines activités professionnelles peuvent être réservées aux nationaux

²¹⁸¹ V. par ex. CJCE, *activités de courtage*, aff. C-101/94, préc. ; CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-114/97, préc. ; CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-355/98, préc.

²¹⁸² Directive 2006/123/CE, préc.

²¹⁸³ Un certain nombre de services sont exclus du champ d'application de la directive (v. articles 2 et 3). Dès lors, ils continuent d'être régis soit par le traité, soit par des textes sectoriels.

²¹⁸⁴ V. not. articles 9, 10, 15, 16, et 24 de la directive.

²¹⁸⁵ La raison se trouve très certainement dans la définition même de la discrimination, puisque celle-ci se caractérise par deux éléments : une différence de traitement entre deux situations identiques, d'une part, fondée sur un critère interdit, d'autre part (v. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, §1, *supra*). Le deuxième élément de la définition implique qu'une différence de traitement justifiée, donc reposant sur un critère légitime et autorisé, ne constitue pas, en réalité, une discrimination (v. à ce propos G. DAVIES, *Nationality Discrimination...*, *op. cit.*, p. 25 ; R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, *op. cit.*, pp. 469 et s. ; C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, *op. cit.* pp. 215 et s.). Plusieurs arrêts montrent d'ailleurs que, pour la Cour, la justification précède la qualification de la mesure (v. par ex. CJUE, 13 avril 2010, *Bressol*, aff. C-73/08, *Rec.* p. I-2735, pts 41 et 47).

²¹⁸⁶ En ce sens v. C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, *op. cit.*, p. 249 : « il existe des hypothèses dans lesquelles la Cour de justice a accepté de maintenir, au sein des ordonnancements juridiques nationaux, des mesures discriminatoires. Mais ces hypothèses sont suffisamment rares pour que la conclusion selon laquelle « une discrimination ne peut être justifiée » puisse être une position de principe ».

lorsqu'elles se rattachent à l'administration publique ou relèvent de l'exercice de l'autorité publique.

β. Le cas particulier des emplois dans l'administration publique et des activités participant à l'exercice de l'autorité publique

613. L'article 45, § 4 TFUE permet aux Etats de réserver les « emplois dans l'administration publique » à leurs ressortissants nationaux, tandis que l'article 51 TFUE prévoit une faculté analogue pour « les activités participant [...] même à titre occasionnel à l'exercice de l'autorité publique »²¹⁸⁷.

614. Ce tempérament au principe du traitement national des ressortissants communautaires se justifie par la nécessité de s'assurer de la loyauté et de la solidarité de ceux qui exercent des activités dans certains domaines régaliens²¹⁸⁸. Cependant, afin d'éviter les recours abusifs à ces dérogations, la Cour de justice et la Commission européenne ont considéré que les Etats ne pouvaient définir unilatéralement le champ d'application de ces dispositions²¹⁸⁹. Les juges de Luxembourg ont donc élaboré une définition communautaire des emplois dans l'administration publique et des activités participant à l'exercice de l'autorité publique. Les termes particulièrement stricts de ces définitions les ont conduits à juger que les articles 45, §4 et 51 TFUE étaient, dans la très grande majorité des cas dont ils ont été saisis, inapplicables. En conséquence, très peu d'emplois et d'activités économiques peuvent être réservés aux ressortissants étatiques dans l'Union européenne.

615. Tel n'est pas le cas aux Etats-Unis où les juridictions ont toujours considéré que les Etats et leurs collectivités territoriales étaient en droit de réserver les emplois publics à leurs résidents²¹⁹⁰. En conséquence, les recours exercés à cet égard ont tous été rejetés, tant sur le fondement du *right to travel*, que sur le fondement de la *Due process clause* ou encore de

²¹⁸⁷ On relèvera que de telles activités échappent au champ d'application de la directive « services » (v. article 2, §2, i) de la directive 2006/123/CE, préc.).

²¹⁸⁸ V. CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, *Rec.* p. 3881, pt 10 ; B. JESUS, « Commentaire de l'article 39 », in P. LEGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing et Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000, p. 329, *spéc.* p. 351.

²¹⁸⁹ Concernant la Cour de justice, v. par ex. CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, préc., pts 11-12. Concernant la Commission européenne, v. l'Action « Liberté de circulation des travailleurs et d'accès à l'emploi dans le service public d'Etats membres – action de la Commission en application de l'article 48, paragraphe 4 du traité CEE » (JO C 72 du 18.3.1988, p. 2) et la Communication du 11 décembre 2002, « Libre circulation des travailleurs : en tirer pleinement les avantages et les potentialités » (COM(2002) 694 final).

²¹⁹⁰ V. par ex. *McCarthy*, 424 U.S. 645, préc.

l'*Equal Protection clause* du 14^{ème} amendement²¹⁹¹.

i. Exception au principe de non-discrimination à l'égard des travailleurs communautaires :
« les emplois dans l'administration publique »

616. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, relèvent de la dérogation de l'article 45, §4 TFUE, les « *emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques* »²¹⁹².

617. Tout en précisant que cette définition était indépendante de tout secteur spécifique, mais tenait uniquement à la nature du poste²¹⁹³, la Commission a dressé une liste indicative des domaines dans lesquels les emplois pouvaient être réservés aux nationaux. Il s'agit notamment des forces armées, de la police et autres forces de l'ordre, de la magistrature, de l'administration fiscale et du corps diplomatique. Les Etats ne peuvent, néanmoins, réserver l'intégralité des postes dans ces domaines à leurs nationaux. En effet, certains emplois « *n'impliquent pas [...] l'exercice de la puissance publique et la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État* ». Tel est le cas, selon la Commission, « *des tâches administratives, la consultation technique, l'entretien* »²¹⁹⁴. « *Les emplois relevant des ministères d'État, des gouvernements régionaux, des collectivités territoriales, des banques centrales et d'autres organismes de droit public, qui s'occupent de l'élaboration des actes juridiques, de l'exécution de ces actes, du contrôle de leur application et des organismes dépendants* », font l'objet, pour reprendre les termes de la Commission, d'« *une approche plus rigoureuse* ». Pour ces emplois, il apparaît que seules certaines fonctions administratives et décisionnelles peuvent être réservées aux nationaux²¹⁹⁵.

618. La Cour de justice a davantage précisé les conditions qui devaient être remplies pour

²¹⁹¹ *McCarthy*, 424 U.S. 645, préc. (emplois de pompiers réservés aux résidents de la ville de Philadelphie) ; *Detroit Police Officers Assn. v. City of Detroit*, 385 Mich. 519, 190 N.W.2d 97 (1971) (emplois d'officiers de police réservés aux résidents de la ville de Détroit. Recours rejeté par la Cour Suprême in *Detroit Police Officers Assn.*, 405 U.S. 950, préc.).

²¹⁹² V. par ex. CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, préc., pt 10 ; CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Grèce*, aff. C-290/94, *Rec. p. I-3285*, pt 2 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, aff. C-405/01, *Rec. p. I-10391*, pt 39 ; CJCE, 10 décembre 2009, *Commission c/ Grèce*, aff. C-460/08, *Rec. p. I-216** (Pub. somm.), pt 27.

²¹⁹³ Comme le relève le professeur ILIOPOULOU, le critère de définition est donc fonctionnel et non organique (A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination...*, op. cit., p. 52).

²¹⁹⁴ Communication de la Commission du 11 décembre 2002, préc., p. 21.

²¹⁹⁵ *Id.*

qu'un emploi puisse relever de la dérogation de l'article 45, §4 TFUE. Ainsi, il n'est pas suffisant que des prérogatives de puissance publique soient attribuées aux titulaires des emplois en cause. Il faut en outre que ces prérogatives soient exercées de façon habituelle par ces titulaires et ne constituent pas une part réduite de leurs activités²¹⁹⁶.

619. Par ailleurs, « *la notion d'« emplois dans l'administration publique » n'englobe pas* », selon la Cour, « *les emplois au service d'un particulier ou d'une personne morale de droit privé, quelles que soient les tâches qui incombent à l'employé* »²¹⁹⁷. Les juges communautaires ont, néanmoins, indiqué que « *la circonstance que les [travailleurs] sont employés par une personne physique ou morale de droit privé n'est pas, en tant que telle, de nature à écarter l'applicabilité de l'article [45, paragraphe 4, TFUE] dès lors qu'il est établi que pour l'accomplissement des missions publiques qui leur sont dévolues, les [travailleurs] agissent en qualité de représentant de la puissance publique, au service des intérêts généraux de l'Etat* »²¹⁹⁸.

620. Enfin, la dérogation autorise seulement les Etats à réserver certains emplois aux nationaux. Elle ne permet donc pas de traiter différemment les nationaux et les ressortissants communautaires en ce qui concerne les conditions d'emploi²¹⁹⁹.

ii. Exception au principe de non discrimination à l'égard des prestataires de services communautaires : les activités impliquant une participation à l'exercice de l'autorité publique

621. Relèvent de la dérogation figurant à l'article 51 TFUE les « *activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique* »²²⁰⁰. A ce titre, comme pour les emplois dans l'administration publique, un Etat ne peut réserver tout un secteur d'activité aux nationaux. Il doit, au contraire, démontrer que chacune des tâches exercées dans ce cadre est directement et spécifiquement liée à l'exercice de l'autorité publique, ce qui exclut les « *fonctions simplement auxiliaires et préparatoires*

²¹⁹⁶ CJCE, *Commission c/ Grèce*, aff. C-460/08, préc., pts 30-31.

²¹⁹⁷ V. par ex. CJCE, 17 mars 2005, *Kranemann*, aff. C-109/04, *Rec.* p. I-2421, pt 19 ; CJCE, *Pešlá*, aff. C-345/08, préc., pt 29.

²¹⁹⁸ CJCE, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, aff. C-405/01, préc., pt 43.

²¹⁹⁹ V. par ex. CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. 225/85, préc., pt 11. V. également la communication de la Commission du 11 décembre 2002, préc., pp. 22-23. Pour de plus amples développements sur les emplois dans la fonction publique et le droit de l'UE, v. M. HOUSER, « Fonction publique et droit de l'Union européenne », *JurisClasseur Collectivités territoriales*, Fasc. 788, 2012.

²²⁰⁰ CJCE, *Reyners*, aff. 2/74, préc., pt 45.

vis-à-vis d'une entité qui exerce effectivement l'autorité publique en disposant de la décision finale »²²⁰¹. Dès lors que certaines tâches sont détachables de l'exercice de l'autorité publique, elles doivent être ouvertes aux ressortissants communautaires²²⁰².

La dérogation n'est, en outre, admise qu'à la condition que l'entité qui exerce des prérogatives de puissance publique dispose d'une réelle autonomie décisionnelle, ce qui est exclu lorsque les autorités publiques exercent à l'égard de cette entité une supervision active²²⁰³.

622. La rigueur des critères posés par la Cour de justice a eu pour conséquence que « *celle-ci n'est jamais parvenue à la conclusion qu'une activité constituât une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique* »²²⁰⁴. La qualification a ainsi été exclue pour les activités des avocats²²⁰⁵, les activités « *concernant la conception, le logiciel et la gestion des systèmes informatiques [qui] sont de nature technique et, partant, étrangères à l'exercice de l'autorité publique* »²²⁰⁶, les activités de sécurité privée²²⁰⁷, les activités de conseil et d'assistance en matière fiscale²²⁰⁸, les services de transport médical d'urgence²²⁰⁹, les activités des experts judiciaires dans le domaine de la traduction²²¹⁰, les activités des notaires²²¹¹, ou encore les activités de contrôle technique et de certification des véhicules, dès lors que les organismes les exerçant sont soumis à une surveillance directe des autorités publiques²²¹².

623. En conséquence, si les dérogations prévues aux articles 45, §4 et 51 TFUE autorisent explicitement les Etats à maintenir des mesures discriminatoires, elles ont été interprétées de telle sorte qu'il est particulièrement difficile d'y recourir. La Commission, comme la Cour de

²²⁰¹ CJCE, 29 novembre 2007, *Commission c/ Autriche*, aff. C-393/05, *Rec. p. I-10195*, pt 36.

²²⁰² *Id.*

²²⁰³ *Id.* V. également CJCE, 22 octobre 2009, *Commission c/ Portugal*, aff. C-438/08, *Rec. p. I-10219*.

²²⁰⁴ V. le pt 91 des conclusions de l'avocat général CRUZ VILLALÓN présentées le 14 septembre 2010 sous les affaires C-47/08, 50/08, 51/08, 53/08, 54/08 et 61/08 relatives à la condition de nationalité pour l'exercice de la profession de notaire exigée par plusieurs Etats membres.

²²⁰⁵ CJCE, *Reyners*, aff. 2/74, préc.

²²⁰⁶ CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. 3/88, préc., pt 13.

²²⁰⁷ CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-114/97, préc.

²²⁰⁸ CJCE, *Servizi Ausiliari Commercialisti*, aff. C-451/03, préc.

²²⁰⁹ CJUE, 29 avril 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-160/08, *Rec. p. I-3713*.

²²¹⁰ CJUE, 17 mars 2011, *Peñarroja*, aff. jtes C-372 et 373/09, *Rec. p. I-1785*.

²²¹¹ V. par ex. CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ France*, aff. C-50/08 (non encore publié au recueil).

²²¹² CJCE, *Commission c/ Portugal*, aff. C-438/08, préc.

justice, ont donc imposé aux Etats une très large ouverture de leur secteur public à l'ensemble des ressortissants de l'Union.

2. Les motifs jurisprudentiels semblent permettre de justifier toute entrave

624. L'examen de la jurisprudence a fait apparaître que plusieurs exceptions du traité ne permettaient pas de justifier des mesures discriminatoires. Le même examen révèle également que la Cour de justice a pu, à certaines occasions et pour des raisons d'opportunité²²¹³, accepter d'apprécier des mesures discriminatoires à l'aune d'exceptions prétorienne²²¹⁴.

625. A cette fin, elle a, le plus souvent, éludé la question de la qualification de la mesure²²¹⁵, ce qui lui a permis de ne pas procéder officiellement à un revirement de jurisprudence. L'imprécision dans la définition de la discrimination a facilité une telle omission. Comme l'a relevé le professeur HATZOPOULOS, « *la notion de discrimination [étant] en elle-même incertaine et mal définie, la Cour [a joui] d'une marge de manœuvre considérable dans l'application de la théorie des exigences impératives* »²²¹⁶.

626. Deux séries de motifs d'origine jurisprudentielle témoignent, parmi d'autres, de cette méthode de la Cour de justice. L'objectif de protection de l'environnement (α), comme les objectifs de nature fiscale (β), ont été pris en compte par la Cour dans des litiges relatifs à des mesures *a priori* discriminatoires.

α. Mesures discriminatoires justifiées par la protection de l'environnement

627. La Cour de justice a accepté, à plusieurs reprises, le motif de protection de l'environnement pour justifier des mesures traitant pourtant différemment les marchandises produites localement et les marchandises importées²²¹⁷. De même a-t-elle examiné cette

²²¹³ P. DEMARET, « L'accès au marché des services réglementés: la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE », *RIDE*, n°2-3, 2002, p. 259, *spec* p. 278. Le manque de rigueur de la Cour dans la qualification des mesures laisse supposer que, dans certaines situations, les juges ont procédé à un renversement tacite du raisonnement en adaptant cette qualification aux justifications qu'ils souhaitaient examiner.

²²¹⁴ A ce propos et dans le cadre de la libre circulation des marchandises, v. E. SPAVENTA, "On discrimination and the Theory of Mandatory Requirements", *CYELS*, vol. 3, 2002, p. 457.

²²¹⁵ Le professeur DUBOUT relève, à cet égard, la « *tendance de plus en plus marquée [de la Cour de justice] à délaisser la qualification de « discrimination » [...] au profit de celle de simple « restriction »* » (E. DUBOUT, « Entrave et discrimination », *op. cit.*, p. 154).

²²¹⁶ V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », *préc.*, p. 198.

²²¹⁷ Sur la jurisprudence de la Cour en matière de protection de l'environnement, v. not. l'analyse du professeur SPAVENTA (E. SPAVENTA, "On discrimination and the Theory of Mandatory Requirements", *préc.*). V. également le chapitre 2, section 2, §1, B du présent titre, *infra*.

justification à l'égard de réglementations qualifiées de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation²²¹⁸, alors qu'une telle qualification supposait, en principe, l'existence d'une discrimination²²¹⁹.

628. Dans l'arrêt *Déchets wallons*²²²⁰, les juges ont ainsi considéré que cet objectif justifiait une mesure de la région wallonne interdisant le dépôt de déchets provenant d'un autre Etat membre ou d'une autre région belge. La Commission faisait valoir que l'exigence impérative sur laquelle s'appuyait la Belgique ne pouvait être invoquée dans la mesure où la réglementation était discriminatoire. Tout en réaffirmant que « *les exigences impératives n'entrent en ligne de compte que s'agissant de mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et importés* »²²²¹, les juges ont néanmoins accueilli l'argument de la Belgique en écartant, contrairement aux conclusions de l'avocat général, la qualification de discrimination. Pour la Cour, le « principe de la correction, par priorité à la source », permettait, en effet, de traiter différemment les déchets selon leur lieu de production sans qu'il en résulte une discrimination²²²².

Cette analyse, sans doute appropriée sur le plan politique, n'a guère convaincu. Plusieurs auteurs, comme certains avocats généraux, ont relevé l'artifice juridique employé par la Cour pour parvenir à la solution du litige²²²³. Dans ses conclusions sur l'affaire *PreussenElektra*, l'avocat général JACOBS a ainsi souligné l'hétérodoxie du raisonnement, la Cour faisant de l'objectif de la mesure un élément de qualification de celle-ci. Or, « [l]a question de savoir si une mesure s'applique ou non indistinctement à des produits nationaux et à des produits importés constitue, d'un point de vue logique, une question préliminaire et neutre. Son unique fonction en vertu de la jurisprudence de la Cour est de déterminer les justifications disponibles »²²²⁴.

629. Dans la mesure où la Cour a fait reposer son analyse sur le particularisme des déchets,

²²¹⁸ V. par ex. CJCE, *Dusseldorp*, aff. C-203/96, préc. ; CJCE, *Sydhavnens Sten & Grus*, aff. C-209/98, préc.

²²¹⁹ V. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, §1, *supra*.

²²²⁰ CJCE, *déchets wallons*, aff. C-2/90, préc.

²²²¹ Pt 34 de l'arrêt.

²²²² V. pts 34-36 de l'arrêt.

²²²³ V. par ex. D. GERADIN, "Free trade and environmental protection in an integrated market: a survey of the case law of the United States Supreme Court and the European Court of Justice", *J. Transnat'l L. & Pol'y*, vol. 2, 1993, p. 141, *spéc.* p. 189 ; W. WILS, "The Search for the Rule...", *préc.*, p. 482.

²²²⁴ Pt 227 des conclusions de l'avocat général JACOBS sous l'arrêt CJCE, 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, aff. C-379/98, *Rec.* p. I-2099.

cette jurisprudence aurait pu demeurer isolée, d'autant que la Cour semble avoir durci son approche en matière de mouvements des déchets dans l'arrêt *Dusseldorp* de 1998²²²⁵. Toutefois, l'étude de la jurisprudence ultérieure de la Cour confirme que la protection de l'environnement constitue un motif permettant de justifier une mesure distinctement applicable.

Dans l'affaire *Aher-Waggon*, la Cour a ainsi jugé que la protection de l'environnement justifiait une réglementation allemande subordonnant la première immatriculation sur le territoire national d'avions immatriculés dans un autre Etat membre au respect de normes sonores plus sévères que celles prévues par la directive 80/51/CEE. Or, la réglementation exemptait de cette exigence les avions immatriculés sur le territoire allemand avant la mise en application de la directive. La Cour est parvenue à cette solution en employant une méthode analogue à celle de l'arrêt *Déchets wallons* : elle considère que la mesure s'applique à tout avion indépendamment de son origine. Il nous semble, toutefois, qu'elle aurait parfaitement pu tenir le raisonnement inverse. En effet, la mesure opérait formellement une différence de traitement selon l'origine des avions, en accordant un régime plus avantageux aux avions déjà immatriculés en Allemagne²²²⁶.

630. La Cour a également éludé la question de la qualification de la mesure dans l'arrêt *PreussenElektra*²²²⁷, ce qui lui a permis d'exclure une violation de l'article 30 TFUE en raison de l'objectif environnemental de la réglementation. Or, en l'espèce, et comme l'a observé l'avocat général²²²⁸, la mesure était formellement discriminatoire : elle imposait, en effet, aux entreprises allemandes d'approvisionnement en électricité d'acheter certaines quantités d'électricité produites localement à partir de sources d'énergie renouvelable. Elle favorisait donc l'électricité nationale par rapport à l'électricité importée. Sur le fond, l'avocat général ne s'opposait pas à ce que l'exigence impérative de protection de l'environnement permette de justifier la mesure. Il invitait, toutefois, la Cour à modifier sa jurisprudence concernant les mesures discriminatoires, en acceptant d'examiner des justifications prétoriennes dans ce

²²²⁵ CJCE, *Dusseldorp*, aff. C-203/96, préc. En l'espèce, la Cour a jugé qu'une mesure interdisant, sauf exception, l'exportation de certains déchets n'était pas justifiée, dans la mesure où le gouvernement néerlandais n'avait pas « établi que le transport des filtres à huile constituait un danger pour l'environnement ou la vie de la santé des personnes » (pt 47) et n'a pas permis à l'Etat de se prévaloir des principes d'autosuffisance et de proximité. V. également CJCE, *Sydhavnens Sten & Grus*, aff. C-209/98, préc.

²²²⁶ *Id.*

²²²⁷ CJCE, *Preussen Elektra*, aff. C-379/98, préc.

²²²⁸ V. pts 211 et s. des conclusions.

cadre, afin de rétablir la cohérence de son analyse. Les juges ont ignoré ces recommandations et, constatant simplement l'existence d'une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, ont conclu à l'utilité de la mesure pour la protection de l'environnement.

631. Certes, dans toutes ces affaires, la qualification demeure toujours discutable, le caractère discriminatoire pouvant, à certains égards, être contesté²²²⁹. Toutefois, une analyse orthodoxe aurait, à notre sens, logiquement dû conduire la Cour à constater, d'une part, que les mesures n'étaient pas indistinctement applicables et, d'autre part, que seules les exceptions du traité étaient, en conséquence, invocables. C'est pourquoi, certains n'hésitent pas à affirmer aujourd'hui que la protection de l'environnement permet de justifier aussi bien des mesures indistinctement applicables que des mesures discriminatoires²²³⁰.

β. Mesures discriminatoires justifiées par des motifs de nature fiscale

632. Une observation analogue s'impose à l'égard des mesures justifiées, selon les Etats, par des objectifs de nature fiscale, tels que la cohérence fiscale, l'efficacité des contrôles fiscaux ou encore la prévention de la fraude et de l'évasion fiscale²²³¹. Dans le domaine de la fiscalité, la jurisprudence, comme l'ont souligné plusieurs avocats généraux²²³², demeure particulièrement confuse. Nombre de mesures fiscales examinées par la Cour avait pour effet de défavoriser, au moins indirectement, les opérateurs économiques ou les contribuables non établis sur le territoire national²²³³. La Cour n'a, toutefois, pas fait preuve d'une grande

²²²⁹ Ainsi M. WILSHER a défendu la position de la Cour dans l'arrêt *déchets wallons* (D. WILSHER, "Does Keck discrimination make any sense?...?", préc., p. 3).

²²³⁰ V. en ce sens les conclusions de l'avocate générale TRSTENJAK, sous l'arrêt CJUE, *Commission c/ Autriche*, aff. C-28/09, préc., pts 78-91.

²²³¹ A propos de ces objectifs, v. A. MAITROT de la MOTTE, « L'entrave fiscale », *op. cit.*, pp. 120-125.

²²³² V. par ex. les conclusions de l'avocat général JACOBS sous l'arrêt CJCE, 3 octobre 2002, *Danner*, aff. C-136/00, *Rec.* p. I-8147 ; de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03, *Rec.* p. I-10837 et de l'avocate générale STIX-HACKL sous l'arrêt CJCE, *Commission c/ Danemark*, aff. C-150/04, préc.

²²³³ Les entraves en matière de fiscalité directe peuvent être très diverses, tant en ce qui concerne le type d'imposition, que la nature de la restriction (formellement discriminatoire / indirectement discriminatoire / indistinctement applicable ; restriction à l'entrée sur le marché / restriction à la sortie du marché, etc.). Nous ne détaillons pas ici les différents types d'entraves que la Cour a pu examiner mais seulement leurs justifications. Pour de plus amples développements sur les restrictions en matière de fiscalité directe, v. not. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, § 3, C, *supra*. V. également K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », préc., p. 19 ; A. MAITROT de la MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire...*, *op. cit.* ; A. MAITROT de la MOTTE, « La fiscalité des dividendes dans l'Union européenne », *Europe*, n° 5, 2010, étude 6.

rigueur dans la qualification des mesures soumises à son contrôle²²³⁴, de telle sorte qu'elle a souvent accepté d'examiner les justifications prétoriennes invoquées par les Etats. En conséquence, même si la Cour maintient, en ce domaine comme dans les autres, que les raisons impérieuses d'intérêt général « *ne sauraient être invoqué[e]s pour justifier des restrictions appliquées de manière discriminatoire* »²²³⁵, il apparaît bien que les mesures fiscales discriminatoires peuvent être jugées conformes aux libertés de circulation sur la base de motifs ne figurant pas dans le traité²²³⁶.

633. Quelques arrêts permettent d'illustrer la méthode employée par la Cour de justice en la matière.

Dans l'affaire *Danner*²²³⁷, la Cour était saisie d'une réglementation finlandaise qui limitait une déduction fiscale liée aux cotisations d'assurance retraite dès lors que ces cotisations étaient versées à des prestataires de pensions établis dans d'autres Etats membres et non à des organismes établis en Finlande. Comme l'a relevé l'avocat général JACOBS, une telle différence de traitement pouvait être qualifiée de discrimination ouverte et claire²²³⁸. En conséquence, deux options s'offraient à la Cour pour pouvoir examiner les raisons impérieuses invoquées par la Finlande : procéder à un revirement de jurisprudence et reconnaître que des mesures discriminatoires pouvaient être justifiées par des raisons impérieuses, comme l'y invitait l'avocat général JACOBS²²³⁹, ou éluder la question de la qualification de la mesure et la traiter comme une mesure indistinctement applicable. La Cour a suivi la seconde voie, en constatant l'existence d'une simple entrave. Elle a maintenu cette

²²³⁴ V. not. en ce sens les conclusions de l'avocat général TESAURO sous l'arrêt CJCE, *Safir*, aff. C-118/96, préc., pt 34 et les conclusions de l'avocat général SAGGIO sous l'arrêt CJCE, 28 octobre 1999, *Vestergaard*, aff. C-55/98, *Rec.* p. I-7641, pt 30.

²²³⁵ CJCE, 6 octobre 2009, *Commission c/ Espagne*, aff. C-153/08, *Rec.* p. I-9735, pt 36. V. également CJCE, *Svensson et Gustavsson*, aff. C-484/93, préc., pt 15.

²²³⁶ V. en ce sens les conclusions de l'avocat général LEGER sous les arrêts CJCE, *Schumacker*, aff. C-279/93, préc., pts 47-48 et CJCE, *Wielockx*, aff. C-80/94, préc., pt 31 et les conclusions de l'avocate générale TRSTENJAK sous l'arrêt CJUE, 16 juin 2011, *Commission c/ Autriche*, aff. C-10/10 (non encore publié au recueil), pt 65. Dans la doctrine, v. D. MARTIN, « Libre circulation des travailleurs », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 601, 2010, pt 85 : « [i]l ne fait aucun doute qu'une raison impérieuse d'intérêt général peut justifier une discrimination directe ... quand celle-ci est qualifiée d'entrave et n'est pas appréhendée explicitement sous l'angle d'une discrimination ».

²²³⁷ CJCE, *Danner*, aff. C-136/00, préc.

²²³⁸ Pt 31 des conclusions de l'avocat général JACOBS. Pour d'autres avocats généraux, il s'agissait seulement d'une discrimination indirecte (v. not. les conclusions de l'avocat général STIX-HACKL sous l'arrêt CJCE, *Commission c/ Danemark*, aff. C-150/04, préc., pt 46).

²²³⁹ Pt 40 des conclusions.

approche dans de nombreuses affaires²²⁴⁰, en relevant souvent l'existence d'une différence de traitement, sans pour autant parvenir à la conclusion logique d'un tel constat : l'existence d'une discrimination²²⁴¹.

634. Cette position nous paraît regrettable, en raison, notamment, de l'insécurité juridique à laquelle elle conduit. L'incertitude est double à cet égard.

Tout d'abord, le maintien d'un régime distinct selon la nature de la mesure suppose la qualification préalable de cette mesure. Toutefois, le domaine de la fiscalité se prête difficilement à cette opération de qualification : si la grande majorité des mesures contiennent des différences de traitement, celles-ci sont rarement fondées directement sur la nationalité²²⁴². Or, la Cour n'a pas toujours adopté de doctrine claire concernant la qualification de telles mesures. C'est ainsi que les différences de traitement liées au lieu d'établissement du prestataire de services avec lequel le contribuable a contracté ont tantôt été qualifiées de discriminations fondées sur la nationalité²²⁴³, tantôt qualifiées de discriminations en raison de l'établissement²²⁴⁴ ou encore qualifiées de simples restrictions à la libre prestation de services²²⁴⁵. L'avocat général POIARES MADURO a proposé, dans ce cadre, une approche remaniée du concept de discrimination : seraient non seulement interdites les discriminations fondées sur la nationalité mais également les discriminations contre les ressortissants communautaires souhaitant faire valoir leurs droits tirés des libertés de circulation²²⁴⁶. Cette conception a été reprise par la Cour dans plusieurs arrêts. En effet, selon elle, l'article 56 TFUE « s'oppose [...] à l'application de toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre Etats membres plus difficile que la

²²⁴⁰ V. par ex. CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, aff. C-204/90, *Rec.* p. I-249 ; CJCE, *Futura Participation SA*, aff. C-250/95, *préc.* ; CJCE, *Safir*, aff. C-118/96, *préc.* ; CJCE, *Commission c/ Danemark*, aff. C-150/04, *préc.*

²²⁴¹ Comme cela a été souligné dans la première partie de la thèse, l'existence d'une différence de traitement ne constitue qu'un des éléments de la discrimination. Cette différence de traitement doit reposer sur un critère interdit et suppose la comparabilité des situations. Or, tel était le cas dans ces arrêts.

²²⁴² V., en ce sens les conclusions de l'avocat général TESAURO sous l'arrêt CJCE, *Safir*, aff. C-118/96, *préc.*, pts 30 et s.

²²⁴³ CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-153/08, *préc.*

²²⁴⁴ CJCE, *Svensson et Gustavsson*, aff. C-484/93, *préc.*

²²⁴⁵ CJCE, *Danner*, aff. C-136/00, *préc.*

²²⁴⁶ Pt 28 des conclusions sous l'arrêt CJCE, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03, *préc.* Pour de plus amples développements sur cette conception de la discrimination, v. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, § 1, B, *supra*.

prestation de services purement interne à un Etat membre »²²⁴⁷. Toutefois, cette approche, si elle permet de caractériser la plupart des mesures fiscales appréciées par la Cour, ne résout pas la question de la justification de telles mesures. A défaut de procéder à un revirement de jurisprudence concernant le régime des mesures discriminatoires, il conviendrait que la Cour énonce clairement que les mesures qui ne sont pas directement fondées sur la nationalité peuvent être justifiées par des raisons impérieuses²²⁴⁸.

L'absence de prise de position à cet égard constitue la seconde incertitude à laquelle se confrontent les Etats lorsque l'une de leurs mesures fiscales est contestée. En l'absence de discrimination directe, ils peuvent en principe se fonder sur des justifications de nature fiscale. Néanmoins, les ambiguïtés jurisprudentielles ne permettent pas d'écarter que, dans un cas précis, la Cour refuse d'examiner les justifications prétoriennes avancées par les Etats pour défendre leurs mesures indirectement discriminatoires²²⁴⁹.

635. Inversement, la Cour a, dans quelques affaires, expressément indiqué que la mesure litigieuse était discriminatoire, tout en examinant ensuite la mesure à l'aune de raisons impérieuses, telles la cohérence fiscale, sans qu'elle explique cette contradiction manifeste. Tel a été le cas dans l'arrêt *Svensson et Gustavsson*²²⁵⁰ dans lequel la Cour était saisie d'une réglementation réservant une bonification d'intérêt aux personnes ayant contracté un prêt auprès d'un établissement de crédit agréé au Luxembourg. Après avoir constaté l'existence d'une discrimination en raison de l'établissement, puis rappelé que seules les exceptions du traité étaient invocables, elle a examiné si la mesure était justifiée par la cohérence du régime

²²⁴⁷ V. par ex. CJCE, *Safir*, aff. C-118/96, préc., pt 23 ; CJCE, *Commission c/ Danemark*, aff. C-150/04, préc., pt 38 ; CJUE, *Tankreederei I SA*, aff. C-287/10, préc., pt 15.

²²⁴⁸ Comme nous l'avons précédemment relevé, la Cour n'a pas établi de règle immuable concernant les règles indirectement discriminatoires. Le mouvement majoritaire est l'assimilation des mesures indirectement discriminatoires aux mesures indistinctement applicables. Mais, la Cour a, exceptionnellement, fait preuve de sévérité et refusé d'examiner d'autres exceptions que celles du traité pour justifier de telles mesures.

²²⁴⁹ Dans les affaires *Danner* et *Commission c/ Espagne*, par exemple, il nous semble que, même si les faits n'étaient pas identiques, la nature de l'entrave était la même : un avantage fiscal était refusé à des contribuables au motif que leur prestataire de services était établi à l'étranger. Pourtant, la qualification de la mesure n'est pas la même et conduit, dans le premier cas, à l'examen des raisons impérieuses invoquées et dans l'autre, au refus d'apprécier de tels motifs (CJCE, *Danner*, aff. C-136/00, préc. ; CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-153/08, préc.).

²²⁵⁰ CJCE, *Svensson et Gustavsson*, aff. C-484/93, préc.

fiscal²²⁵¹. De tels arrêts renforcent donc la confusion caractéristique de la jurisprudence fiscale.

636. En pratique, cependant, rares sont les affaires dans lesquelles la Cour a refusé d'examiner les justifications prétoriennes alléguées²²⁵². Toutes aussi rares sont les affaires dans lesquelles la Cour a conclu que les mesures étaient justifiées et donc conformes au traité²²⁵³. Dès lors, le régime des mesures fiscales a, au-delà des déclarations de principe, été, selon nous, largement unifié.

637. L'analyse de la jurisprudence dans différents domaines tend donc à montrer que les exceptions du traité et les justifications prétoriennes répondent, en pratique, à un régime similaire. En matière de libre circulation des marchandises, les professeurs MOLINIER et DE GROVE-VALDEYRON ont constaté que la Cour « *a, pour des raisons supérieures d'intérêt général, ajouté au traité en ouvrant une seconde voie, complémentaire de celle de l'article 30 [CE], à la mise en place par les Etats de restrictions à la liberté de circulation des marchandises* »²²⁵⁴. Cette observation s'étend, à notre sens, à l'ensemble des libertés de circulation.

638. Cette résistance de la Cour à consacrer cette évolution jurisprudentielle répond à une certaine logique. Celle-ci nous paraît, toutefois, contestable.

3. Une distinction injustifiée

639. L'établissement de la distinction entre mesures indistinctement applicables et mesures

²²⁵¹ V. également CJCE, 13 novembre 2003, *Lindman*, aff. C-42/02, *Rec.* p. I-13519. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une réglementation fiscale finlandaise qui traitait défavorablement les gains provenant de jeux de hasard organisés à l'étranger avait un « caractère manifestement discriminatoire ». Elle aurait donc dû, au stade de l'examen des justifications, rappeler que la Finlande ne pouvait invoquer de raisons impérieuses. Or, elle observe seulement que la Finlande n'a pas apporté d'éléments permettant de conclure à la proportionnalité de la mesure. Implicitement, cette approche revient à admettre que l'Etat pouvait invoquer d'autres justifications que celles du traité. Cette position est d'autant plus équivoque que l'avocat général STIX-HACKL avait abordé frontalement la question et conclu que, la mesure étant discriminatoire, elle ne pouvait donc être justifiée que par les motifs cités à l'article 52 TFUE. Cette ambiguïté a cependant été levée ultérieurement : dans l'arrêt *Commission c/ Espagne* (aff. C-153/08, préc.), qui concernait une législation analogue à celle de l'arrêt *Lindman*, la Cour a rappelé que les raisons impérieuses d'intérêt général ne pouvaient être invoquées.

²²⁵² Même dans les affaires où elle a rappelé le principe d'exclusion des motifs jurisprudentiels pour justifier des mesures discriminatoires, elle a procédé à un rapide examen de la proportionnalité des mesures à l'égard des objectifs invoqués (v. not. CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-153/08, préc.).

²²⁵³ V. not. CJCE, *Bachmann*, aff. C-204/90, préc. ; CJCE, *Futura Participation SA*, aff. C-250/95, préc. ; CJUE, *Commission c/ Hongrie*, aff. C-253/09, préc.

²²⁵⁴ J. MOLINIER et N. De GROVE-VALDEYRON, *Droit du marché intérieur européen*, op. cit., p. 70.

discriminatoires était, au départ, théoriquement fondé. Les justifications théoriques se heurtent, néanmoins, à divers arguments ainsi qu'à la pratique, de telle sorte qu'un abandon de la distinction apparaîtrait judicieux.

α. Une distinction théorique en apparence fondée

640. Tant la doctrine que la Cour ont longuement expliqué les raisons pour lesquelles les justifications prétoriennes répondaient à un régime distinct de celui des exceptions du traité²²⁵⁵.

Il en ressort que la Cour, en créant une nouvelle catégorie de justifications, se heurtait à un double obstacle : d'une part, la liste des exceptions figurant dans le traité est exhaustive ; d'autre part, ces exceptions sont d'interprétation stricte. La Cour l'a rappelé à plusieurs reprises. Ainsi, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, elle a affirmé que les « exceptions [que l'article 36] énumère ne peuvent être étendues à des cas autres que ceux limitativement prévus »²²⁵⁶. En matière de libre circulation des personnes, des services ainsi qu'en matière de liberté d'établissement, le principe est identique²²⁵⁷. Aussi, si la Cour avait fait des justifications prétoriennes de nouvelles exceptions, au régime identique à celui appliqué dans le cadre du traité, elle serait allée au-delà du libellé du texte, voire l'aurait méconnu²²⁵⁸. Dans cette hypothèse, comme l'a relevé M. TOUFFAIT, « les critiques n'auraient pas manqué et le ton serait monté. La Cour aurait été traitée de législateur, de gouvernement, voire de constitutionnaliste »²²⁵⁹.

641. Toutefois, l'extension de la notion d'entrave à partir de l'arrêt *Cassis de Dijon*²²⁶⁰ nécessitait, parallèlement, la reconnaissance de nouvelles justifications, les rédacteurs du

²²⁵⁵ V. en particulier la thèse de Mme VOLLOT-BRUNEAU consacrée à la distinction entre exceptions du traité et justifications prétoriennes : C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, op. cit.

²²⁵⁶ V. par ex. CJCE, *Bauhuis*, aff. 46/76, préc., pt 12 ; CJCE, *Souvenirs d'Irlande*, aff. 113/80, préc., pt 7 ; CJCE, 5 juin 1986, *Commission c/ Italie*, aff. 103/84, Rec. p. 1759, pt 22.

²²⁵⁷ V. par ex. CJCE, *Van Duyn*, aff. 41/74, préc., pt 18 ; CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos*, aff. jtes C-482 et 493/01, Rec. p. I-5257, pt 64 ; CJUE, *Commission c/ Allemagne*, préc., pt 48.

²²⁵⁸ V. pt 56 des conclusions de l'avocat général LEGER sous l'arrêt CJCE, *Commission c/ Autriche*, aff. C-168/04, préc.

²²⁵⁹ A. TOUFFAIT, « Les entraves techniques à la libre circulation des marchandises », *Dalloz-Sirey*, 1982, p. 37, spéc. p. 47, cité par C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, op. cit., p. 177. V. également, en ce sens, E. SPAVENTA, "On discrimination and the Theory of Mandatory Requirements", préc., p. 468.

²²⁶⁰ CJCE, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, préc.

traité n'ayant pas couvert l'ensemble des intérêts légitimes des Etats²²⁶¹. Pour concilier le principe d'une liste fermée d'exceptions avec la création des exigences impératives et de raisons impérieuses d'intérêt général, la Cour a, selon une partie de la doctrine, distingué deux étapes dans l'analyse des mesures nationales indistinctement applicables²²⁶² : elle vérifie tout d'abord que la mesure constitue une entrave. Les exigences impératives et raisons impérieuses interviendraient à ce stade puisqu'une mesure justifiée par un ou plusieurs motifs prétoriens ne saurait être qualifiée d'entrave. Ces motifs interviendraient donc au stade de la qualification de l'entrave et ne pourraient être considérés comme de nouvelles exceptions au principe d'interdiction des restrictions aux libertés de circulation²²⁶³. En l'absence de telles justifications ou en présence d'une mesure discriminatoire, la Cour entame la seconde partie de l'analyse en examinant si l'une des exceptions du traité est applicable.

642. Cette approche se vérifie effectivement dans une partie de la jurisprudence. Par exemple, dans l'arrêt *Nespoli* de 1990²²⁶⁴, la Cour indique très clairement que les législations affectant la commercialisation des produits importés d'un autre Etat membre où ils sont légalement fabriqués et commercialisés, « *ne peuvent [...] être admises au regard du traité que si, soit, dans le cadre de l'article [34 TFUE], elles sont indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés et elles sont destinées à satisfaire à des exigences impératives [...], soit elles sont justifiées par l'un des motifs d'intérêt général énumérés à*

²²⁶¹ Certains auteurs ont évoqué, à cet égard, l'existence d'une règle de raison. V. par ex. J. STEINER, "Drawing the Line...", préc., p. 752 ; M. JARVIS, *Application of EC Law by National Courts: The Free Movement of Goods*, OUP, 1998, spéc. pp. 175 et s. ; A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, op. cit., p. 405.

²²⁶² V. not. à ce propos V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 191 ; A.-S. BAUDRAN, *La notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation...*, op. cit., p. 488 ; C. NOURISSAT, *Droit communautaire des affaires*, op. cit., p. 161 ; G. DRUESNE, *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, PUF, 8^{ème} éd., 2006, spéc. pp. 111-112.

²²⁶³ V. not. en ce sens G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle... », préc., p. 300 ; V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses :... », préc., p. 213 ; A. MATTERA, « L'article 30 du traité de la CEE, la jurisprudence « Cassis de Dijon » et le principe de reconnaissance mutuelle... », préc., pp. 43-45.

²²⁶⁴ CJCE, *Nespoli et Crippa*, aff. C-196/89, préc.

l'article 36 du traité »²²⁶⁵. Cette formule reflète pleinement l'idée défendue par le professeur MATTERA, selon laquelle « les exigences impératives permettent de distinguer les effets restrictifs propres à toute réglementation de l'espèce de ceux qui sont excessifs par rapport à l'objectif recherché et, de ce fait, équivalent à ceux des restrictions quantitatives et sont à ce titre interdits par l'article [34 TFUE]. On procède donc à un tel examen à « l'intérieur de l'article [34] ». [...] L'examen d'une telle justification est donc antérieur et non postérieur à la qualification d'une réglementation en tant que « mesure d'effet équivalent » au sens de la définition « Dassonville » »²²⁶⁶.

Il nous semble, toutefois, que les auteurs ayant développé cette théorie, se sont appuyés sur une jurisprudence relativement isolée, et qui l'est davantage devenue à partir des années 1990. Aussi, partageons nous l'opinion de Mme VOLLOT-BRUNEAU pour qui « *les propos de ces auteurs tentent de concilier l'inconciliable et sont principalement animés par la volonté de légitimer la construction intellectuelle initiée par la Cour dans le cadre des mesures nationales indistinctement applicables. [...] Le seul intérêt d'une telle interprétation de la jurisprudence communautaire est de garantir la crédibilité d'une jurisprudence jusqu'alors jamais démentie – officiellement –, celle selon laquelle la liste des dérogations en matière de libre circulation est exhaustive* »²²⁶⁷.

β. Des fondements toutefois fragiles conduisant à une jurisprudence peu cohérente

643. Le maintien par la Cour de la distinction entre mesure discriminatoire et mesure indistinctement applicable en ce qui concerne les justifications invocables, même si elle repose à l'origine sur des fondements logiques, est, à notre sens, et comme l'ont soutenu plusieurs auteurs²²⁶⁸, regrettable.

644. Tout d'abord, il ne nous semble pas logique de nier l'effet restrictif des mesures

²²⁶⁵ Pt 14 de l'arrêt. A notre connaissance, la Cour n'a employé cette formule que dans cet arrêt. Toutefois, d'autres arrêts expriment une idée similaire. V. par ex. CJCE, *Souvenirs d'Irlande*, aff. 113/80, préc. ; CJCE, *Prantl*, aff. 16/83, préc. Dans cette dernière affaire, la Cour a d'abord examiné si la mesure était contraire à l'article 30 CEE (devenu 34 TFUE). Dans ce cadre, elle a jugé que la mesure n'était pas justifiée par la protection des consommateurs et a conclu à l'existence d'une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative. Puis, elle a recherché si l'article 36 permettait de faire exception au principe d'interdiction des mesures d'effet équivalent.

²²⁶⁶ A. MATTERA, « L'article 30 du traité de la CEE, la jurisprudence « Cassis de Dijon » et le principe de reconnaissance mutuelle... », préc., p. 45.

²²⁶⁷ C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, op. cit., p. 158.

²²⁶⁸ V. not. D. CHALMERS, "Repackaging the internal market...", préc., p. 393 ; C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, op. cit., pp. 255 et s.

indistinctement applicables justifiées par des exigences impératives ou des raisons impérieuses. Du point de vue de l'opérateur économique, un tel effet ne varie pas en fonction des motivations du législateur étatique. Ces motivations ont seulement pour fonction de rendre juridiquement acceptables, ou non, les entraves aux libertés de circulation. Qu'il s'agisse des motifs prétoriens ou des exceptions du traité, leur examen ne devrait donc intervenir que s'il est d'abord établi que la mesure litigieuse affecte, au moins potentiellement, la libre circulation des marchandises, des services ou des personnes.

645. Ensuite, même si quelques arrêts ont pu laisser croire que les exceptions du traité et les justifications prétoriennes remplissaient des fonctions différentes et intervenaient à des stades différents, la Cour de justice a, la plupart du temps, mis sur le même plan les deux catégories d'intérêts invocables. Selon une formule classique, « *il appartient aux autorités nationales compétentes de démontrer, d'une part, que leur réglementation est nécessaire pour réaliser un ou plusieurs objectifs mentionnés à l'article [36 TFUE] ou des exigences impératives et, d'autre part, que ladite réglementation est conforme au principe de proportionnalité* »²²⁶⁹. Une formule relativement similaire a été employée en matière de libre circulation des personnes, libre prestation de services et liberté d'établissement : après avoir constaté l'existence d'une restriction, la Cour examine « *dans quelle mesure la restriction en cause au principal peut être admise au titre de l'une des raisons énoncées à l'article [52 TFUE] ou justifiée, conformément à la jurisprudence de la Cour, par des raisons impérieuses d'intérêt général* »²²⁷⁰.

646. En conséquence, les auteurs qui distinguent, sur le plan fonctionnel, les justifications prétoriennes et les exceptions du traité, admettent, pour la plupart, que la démarche de la Cour s'opère, quelle que soit la qualité de l'objectif invoqué, en réalité en trois temps : « *[d]'abord la Cour vérifie si la mesure litigieuse constitue une menace véritable pour la réalisation des objectifs communautaires. Dans l'affirmative, elle examine si la mesure s'inscrit dans la poursuite d'un but d'intérêt général. Enfin, elle s'assure que la mesure litigieuse constitue le*

²²⁶⁹ V. par ex. CJCE, *Produits alimentaires pour sportifs*, aff. C-270/02, préc., pt 22 ; CJCE, *Commission c/ Finlande*, aff. C-54/05, préc., pt 39 ; CJCE, 5 juin 2008, *Commission c/ Pologne*, aff. C-170/07, *Rec. p. I-87** (Pub. somm.), pt 47. V. également CJCE, *Smanor*, aff. 298/87, préc., pt 15.

²²⁷⁰ CJUE, *Attanasio Group Srl*, aff. C-384/08, préc., pt 46. Dans le même sens, v. CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c/ France*, aff. C-262/02, *Rec. p. I-6569*, pt 23 ; CJCE, *Commission c/ Autriche*, aff. C-257/05, préc. ; CJUE, 8 juillet 2010, *Sjöberg*, aff. jtes C-447/08 et C-448/08, *Rec. p. I-6921*, pt 35. En matière de libre circulation des travailleurs, la Cour a également aligné le régime de l'article 45, § 3 TFUE et celui des raisons impérieuses (v. par ex. CJCE, *Commission c/ Danemark*, aff. C-464/02, préc., pt 53 ; CJCE, 23 février 2006, *Commission c/ Finlande*, aff. C-232/03, *Rec. p. I-27** (Pub. somm.), pt 44).

moyen le plus approprié et le moins entravant pour parvenir à la réalisation de ces objectifs »²²⁷¹. Dès lors, il apparaît, comme l'a relevé le professeur MASCLET, que « [l]a « *rule of reason* » [...] constitue un fondement artificiel ». Aussi, serait-il plus simple d' « *admettre que la liste de l'article 36 doit être étendue par voie prétorienne* [...] ». Tout y invite : la fonction des exigences impératives est identique dans la jurisprudence de la Cour à celle des raisons énumérées à l'article 36. Le maniement de cette notion est identique à celui des raisons de l'article 36 : vérification du caractère nécessaire, du caractère proportionnel, de l'absence de caractère discriminatoire arbitraire [...] »²²⁷².

647. Admettre que les motifs jurisprudentiels et les exceptions du traité remplissent, désormais, une fonction analogue de justification des restrictions aux libertés de circulation n'implique pas nécessairement qu'il faille leur appliquer un régime identique. Autrement dit, abandonner la thèse de la fonction qualificative des exigences impératives et raisons impérieuses n'empêche pas, en soi, la Cour de continuer à considérer que seules des mesures non discriminatoires peuvent être justifiées par des exceptions prétoriennes²²⁷³. Toutefois, cette évolution apparaît logique²²⁷⁴, d'autant que, comme cela a déjà été démontré, le maintien de la distinction entre les mesures discriminatoires et les mesures indistinctement applicables est source de difficultés et d'incertitudes juridiques, la jurisprudence demeurant contradictoire dans un certain nombre de cas²²⁷⁵.

648. Aussi, pour paraphraser M. DE SADELEER, la Cour de justice devrait se décider à franchir le Rubicon en tranchant pour de bon le nœud gordien entre les justifications prétoriennes et les exceptions énumérées par le traité. Sa jurisprudence y gagnerait en clarté²²⁷⁶.

L'alignement ainsi préconisé ne signifie, toutefois, pas que les mesures discriminatoires et les mesures non discriminatoires devraient recevoir un traitement strictement identique, dans la mesure où leur nocivité à l'égard de l'établissement du marché intérieur n'est pas la même. Le

²²⁷¹ V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 232.

²²⁷² J.-C. MASCLET, « La libre circulation des marchandises dans la CEE : perspectives législatives et réalités jurisprudentielles », *RTDE*, n° 2, 1986, p. 243, spéc. p. 267. V., dans le même sens, M. JARVIS, *Application of EC Law by National Courts...*, op. cit., p. 175, n. 3.

²²⁷³ V. en ce sens A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, OUP, 1st ed., 1999, spéc. p. 269.

²²⁷⁴ V. en ce sens E. SPAVENTA, « On discrimination and the Theory of Mandatory Requirements », préc., p. 474.

²²⁷⁵ V. *supra*. V. également, en ce sens, v. D. MARTIN, « Libre circulation des travailleurs », préc., § 85.

²²⁷⁶ N. DE SADELEER, « L'examen au regard de l'article 28 CE, des règles nationales régissant les modalités d'utilisation de certains produits », *JDE*, 2009, n° 162, p. 247, spéc. p. 249.

contrôle de proportionnalité offre, à notre sens et comme le montre la pratique américaine, un cadre plus approprié pour opérer cette distinction entre mesure discriminatoire et mesure non discriminatoire puisqu'il permet de faire varier le degré d'exigences à remplir en fonction du degré de l'entrave²²⁷⁷.

B. Une nouvelle distinction : le régime particulier des dérogations à la libre prestation de services

649. Le caractère ouvert de la liste des justifications prétoriennes semble devoir être remis en cause en matière de libre prestation de services, le législateur communautaire ayant, dans la directive « services »²²⁷⁸, énuméré seulement quatre raisons pouvant justifier une restriction non discriminatoire à la libre prestation de services : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique et la protection de l'environnement²²⁷⁹. Par contraste, il a maintenu la liste ouverte en matière de liberté d'établissement²²⁸⁰.

On ignore encore comment la Cour entend appliquer cette directive qui devait être transposée le 28 décembre 2009²²⁸¹. Néanmoins, si l'on s'en tient à une lecture littérale des termes

²²⁷⁷ V. chapitre 2 du présent titre, *infra*. V. également, en ce sens, à propos des raisons impérieuses tenant à la protection de l'environnement, le pt 90 des conclusions de l'avocate générale TRSTENJAK sous l'arrêt CJUE, *Commission c/ Autriche*, aff. C-28/09, préc.

²²⁷⁸ Directive 2006/123/CE, préc.

²²⁷⁹ V. article 16 de la directive : « 1. [...] Les États membres ne peuvent pas subordonner l'accès à une activité de service ou son exercice sur leur territoire à des exigences qui ne satisfont pas aux principes suivants :

- a) la non-discrimination : l'exigence ne peut être directement ou indirectement discriminatoire en raison de la nationalité ou, dans le cas de personnes morales, en raison de l'État membre dans lequel elles sont établies ;
- b) la nécessité : l'exigence doit être justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement ;
- c) la proportionnalité : l'exigence doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ».

²²⁸⁰ V. articles 9, 10, 11 et 15 de la directive. Par ex., l'article 9 prévoit que : « 1. Les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si les conditions suivantes sont réunies :

- a) le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé ;
- b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ;
- c) l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante ».

²²⁸¹ Pour l'instant, la Cour de justice ne s'est prononcée que dans une seule affaire sur la portée de la directive. V. CJUE, 5 avril 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, aff. C-119/09, *Rec.* p. I-2551. L'arrêt ne portait toutefois pas sur l'article 16 de la directive mais sur l'article 24 relatif aux communications commerciales des professions réglementées. En revanche, certains avocats généraux se sont explicitement interrogés sur la compatibilité de l'article 16 avec les dispositions du traité, en raison du caractère « fermé » de cet article (v. par ex. le pt 55 des conclusions de l'avocat général CRUZ VILLALÓN sous l'arrêt CJUE, *Duomo Gpa Srl*, aff. jtes C-357 à 359/10, préc.).

employés, les Etats ne pourraient plus se fonder sur une exigence non énumérée à l'article 16 de la directive pour justifier une entrave à la libre prestation de services²²⁸².

650. La directive induit donc une double rupture.

D'une part, elle marque une évolution profonde dans l'encadrement des compétences étatiques en matière de libre prestation de services puisque certaines raisons particulièrement invoquées par le passé, telles que la protection des consommateurs, ne figurent pas dans la liste²²⁸³. On sait, en outre, l'interprétation particulièrement stricte des notions d'ordre public et de sécurité publique que la Cour de justice a choisi de retenir²²⁸⁴. Les deux autres justifications ne permettent qu'une protection sectorielle de certains services : tous les services ne sont en effet pas susceptibles de porter atteinte à la santé publique ou à l'environnement. Dès lors, c'est un régime beaucoup plus strict que celui prévu pour les autres libertés de circulation qui a été mis en place. L'entrée en vigueur de la directive a, d'ailleurs, entraîné un vaste mouvement de libéralisation des activités économiques dans toute l'Union européenne²²⁸⁵.

D'autre part, elle rompt avec la tendance de la Cour de justice à unifier le régime des libertés de circulation, tant au niveau de la qualification de l'entrave²²⁸⁶, qu'au niveau de l'examen des justifications. Certes, la Cour a toujours distingué la libre prestation de services de la liberté d'établissement²²⁸⁷ en admettant, dans le cadre des articles 49 et suivants TFUE, des exigences non admissibles dans le cadre de l'article 56 TFUE²²⁸⁸. A cet égard, la reconnaissance mutuelle s'est en partie imposée en matière de services alors qu'elle demeure

²²⁸² Une lecture stricte de la directive devrait conduire la Cour à exclure toute justification d'une restriction à la libre prestation de services non explicitement mentionnée. Rappelons toutefois que les exigences impératives et les raisons impérieuses ne figurent pas dans le traité, ce qui n'a pas empêché la Cour de « créer » ces exceptions.

²²⁸³ La directive tend cependant à compenser cette lacune en imposant un certain nombre d'exigences visant à protéger les consommateurs (voir notamment les articles 21, 22 et 33).

²²⁸⁴ Voir par ex. CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-114/97, préc., pt 46 ; CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc.

²²⁸⁵ Pour de plus amples développements à ce sujet, v. not. la communication de la Commission du 27 janvier 2011, « Vers une amélioration du fonctionnement du marché unique des services – Tirer pleinement profit des résultats du processus d'évaluation mutuelle prévu par la directive « services » (COM(2011) 20 final).

²²⁸⁶ V. 1^{ère} partie, titre 2, *supra*.

²²⁸⁷ Sur la distinction, v. introduction de la première partie, *supra*.

²²⁸⁸ Par ex., la Cour de justice a, à plusieurs reprises, condamné, sur le fondement de l'article 56 TFUE, des régimes d'autorisation, au motif qu'ils faisaient double emploi avec les exigences imposées dans l'Etat d'origine du prestataire, alors que de tels régimes ont été davantage acceptés en matière d'établissement.

l'exception en matière d'établissement²²⁸⁹. Néanmoins, dans les deux cas, les juges de Luxembourg acceptaient d'examiner des justifications analogues. En outre, le cadre d'analyse commun autorisait une certaine souplesse pour prendre en compte la spécificité de certaines activités²²⁹⁰. Or, les dispositions de la directive services semblent désormais interdire la mise en œuvre d'une analyse uniforme et impliquent une distinction rigide de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement. Même si cette rupture doit être relativisée dans la mesure où de nombreux services échappent au champ d'application de la directive²²⁹¹, elle risque de soulever un certain nombre de difficultés à l'avenir.

651. Hormis cette incertitude concernant le sort que réservera la juridiction communautaire aux mesures affectant la libre prestation de services et non justifiées par l'un des quatre motifs énumérés à l'article 16 de la directive « services », on ne peut que constater que la Cour de justice, comme la Cour Suprême des Etats-Unis, a peu contesté la légitimité des objectifs les plus divers poursuivis par les Etats. L'examen des intérêts invocables par les Etats pour justifier des atteintes aux libertés de circulation tend donc à montrer que les juridictions américaine et communautaire ne se focalisent que de manière accessoire sur l'objet des justifications. La souplesse dont elles font preuve à cet égard révèle qu'il appartient toujours aux Etats de déterminer les objectifs qu'ils entendent poursuivre dans le cadre de leur politique économique. Toutefois, les juges exercent, par le biais du *balancing test* ou du test de proportionnalité, un contrôle en principe plus rigoureux des moyens mis en œuvre pour atteindre ces objectifs.

²²⁸⁹ L'Etat d'accueil doit, dans tous les cas, tenir compte des exigences déjà remplies dans l'Etat d'origine. V. à ce propos chapitre 2, section 2, § 2, B, 1 du présent titre, *infra*.

²²⁹⁰ On pense notamment aux activités relevant de l'article 56 TFUE en raison de l'absence de toute infrastructure dans l'Etat d'accueil et qui sont pourtant exercées pour une durée indéterminée. On comprend alors mal qu'un régime distinct soit appliqué uniquement parce que certaines entreprises ont choisi de se doter d'une infrastructure dans l'Etat d'accueil et d'autres non. Or, les activités ne nécessitant pas de présence physique tendent à s'accroître avec le développement de l'économie numérique.

²²⁹¹ V. not. les articles 2 et 3 de la directive.

Chapitre 2 – Le contrôle de proportionnalité ou

balancing test

652. Dès lors qu'il est établi que les Etats ont réglementé les activités économiques et restreint les libertés de circulation à des fins légitimes, s'ouvre la troisième et dernière phase du contrôle des juridictions. En effet, pour reprendre les termes du professeur MATTERA, « *il ne suffit pas* [que la mesure litigieuse] *ait été* « édictée » *pour atteindre un des objectifs* [admis par les juridictions]. *Il faut qu'elle soit* « justifiée » *par* [un de ces objectifs] »²²⁹².

653. Cette phase du contrôle repose sur une méthode *a priori* similaire aux Etats-Unis et dans l'Union européenne consistant à mettre en balance le degré de l'entrave aux libertés de circulation ou au commerce interétatique avec l'importance de l'intérêt poursuivi par l'Etat. La technique est donc, comme l'ont souligné plusieurs auteurs²²⁹³, la même, sans qu'il apparaisse que l'une des juridictions se soit inspirée de l'autre.

654. Il convient de relever, à titre liminaire, que le *balancing test* ne désigne, *stricto sensu*, qu'un des tests appliqués par la Cour Suprême lorsqu'elle est amenée à apprécier des mesures restrictives des libertés de circulation. En effet, si l'on peut parler, globalement, de contrôle de proportionnalité de l'ensemble des mesures restrictives des libertés de circulation, les critères de ce contrôle varient selon la disposition constitutionnelle invoquée²²⁹⁴ et, dans le cadre de la clause de commerce, selon la nature, discriminatoire ou indistinctement applicable, de la

²²⁹² A. MATTERA, « La libre circulation des marchandises et articles 30 à 36 du traité CEE », préc., p. 513. Dans un sens analogue aux Etats-Unis, v. *Kansas City Sou. Ry. Co. v. Kaw Valley Drainage dist.*, 233 U.S. 75, 79 (1914).

²²⁹³ V. par ex. F. MAUPAIN, *L'intégration économique et l'intégration juridique...*, op. cit., p. 179 : « [l]a similitude de la démarche [...] avec la jurisprudence de la Cour Suprême saute immédiatement aux yeux » ; M. POIARES MADURO, *We the Court...*, op. cit., p. 57 : « [le terme] proportionnalité est devenu le nom par lequel le balancing [test] est connu dans le contexte communautaire » ; W. VAN GERVEN, « Constitutional aspects of the european court's case-law... », op. cit., p. 1639. L'ancien avocat général explique que le balancing test est « la version américaine du principe de proportionnalité ».

²²⁹⁴ Pour rappel, les entraves à la libre circulation des marchandises sont généralement appréciées au regard de la clause de commerce. Les entraves aux autres libertés de circulation relèvent, alternativement ou conjointement, de la clause de commerce, de la *privileges and immunities clause* de l'article IV et du 14^{ème} amendement de la Constitution (v. 1^{ère} partie de la thèse, *supra*).

mesure. Dans ce cadre, le *balancing test*, initié par l'arrêt *Pike v. Bruce Church, Inc.* de 1970²²⁹⁵ ne s'applique formellement qu'aux mesures indistinctement applicables appréciées au regard de la clause de commerce. Toutefois, l'expression « *balancing test* » est plus généralement employée par la doctrine pour désigner le contrôle de proportionnalité effectué par les juridictions fédérales, quelle que soit la disposition constitutionnelle invoquée²²⁹⁶. Aussi suivrons-nous cette ligne de la doctrine : l'expression « *balancing test* » sera tantôt employée pour désigner l'ensemble des tests appliqués par la Cour Suprême, tantôt employé – ce que nous préciserons – pour désigner le test développé dans l'arrêt *Pike*.

655. Dans l'Union européenne, la Cour de justice applique, au contraire, un standard unique à l'ensemble des mesures affectant les libertés de circulation, même si, en pratique, le degré du contrôle peut varier selon la nature de la mesure et le domaine réglementaire concerné.

656. L'analyse des jurisprudences américaine et communautaire révèle, au-delà des similitudes dans les méthodes d'analyse, une distance non négligeable entre les conceptions respectives de la Cour Suprême et de la Cour de justice. Sévère avec les mesures protectionnistes, la Cour Suprême ne condamne, en revanche, qu'exceptionnellement les mesures indistinctement applicables. Le contrôle strict appliqué par la Cour de justice l'a, en revanche, conduite à juger contraire au traité un très grand nombre de réglementations, que celles-ci soient discriminatoires ou indistinctement applicables. Toutefois, il convient de relever, dès à présent, que, contrairement à la Cour Suprême, la Cour de justice ne tranche pas nécessairement elle-même le litige dont elle est saisie. En effet, lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle, elle n'est pas supposée se prononcer sur le cas d'espèce, mais fournit des éléments au juge national, permettant à ce dernier de se prononcer²²⁹⁷.

657. Aussi convient-il d'examiner les critères du contrôle de part et d'autre de l'Atlantique (section 1), puis d'envisager leur mise en œuvre concrète afin de mesurer les divergences jurisprudentielles en la matière (section 2).

²²⁹⁵ *Pike*, 397 U.S. 137, préc.

²²⁹⁶ V. à ce propos T. A. ALENIKOFF, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale L.J.*, vol. 96, 1987, p. 943. Les atteintes aux droits de l'homme protégés par la Constitution font ainsi l'objet d'un *balancing test*.

²²⁹⁷ V. à ce propos section 2, § 2, A, du présent chapitre, *infra*. Aux Etats-Unis, le contrôle des Cours fédérales d'appel et de la Cour Suprême est, en principe, limité aux questions de droit. L'appréciation des faits est donc, parfois, renvoyée aux juridictions de 1^{ère} instance (v. par ex. *Florida Lime*, 373 U.S. 132, préc. ; *Hillside Dairy, Inc.*, 539 U.S. 59, préc. ; *Allied Artists Picture Corp.*, 679 F.2d 656, préc.). Toutefois, dans de nombreux cas, la Cour tranche elle-même le litige dont elle est saisie.

Section 1 – Les critères du contrôle de proportionnalité

658. La Cour Suprême des Etats-Unis n'a pas développé de cadre commun d'analyse des entraves aux libertés de circulation. Selon la disposition invoquée et la nature des mesures litigieuses, le test appliqué varie. Ces tests se rapportent néanmoins chacun à une forme plus ou moins stricte du contrôle de proportionnalité.

Au contraire, la Cour de justice ne fait pas dépendre le cadre d'analyse de la disposition applicable. Toutefois, sous une apparence d'unicité, le contrôle de proportionnalité recouvre des réalités très diverses. Il apparaît, en effet, que « *le juge communautaire [...] réserve son pouvoir d'appréciation pour résoudre, au cas par cas, les problèmes qui lui sont soumis [...], le contenu même du contrôle communautaire de proportionnalité varie en fonction des données de chaque cas d'espèce* »²²⁹⁸.

659. Dès lors, toute tentative de systématisation du contrôle rencontre rapidement des limites, en ce sens que cette systématisation ne peut être valide dans tous les cas et qu'elle ne présente qu'un intérêt relatif, en raison de sa faible valeur prédictive²²⁹⁹.

660. Il apparaît, néanmoins, que la Cour de justice a développé une méthode d'analyse relativement rigoureuse et détaillée des entraves aux libertés de circulation, même si le contrôle connaît des variations dans sa formulation (§2). Au contraire, le juge américain n'a procédé que très partiellement à une énumération de critères qui seraient appliqués successivement pour parvenir au résultat du contrôle (§1).

§ 1. Aux Etats-Unis : pluralité des tests, incertitude des critères

661. Qu'elles soient saisies sur le fondement de la *dormant commerce clause* (A), de la *Privileges and Immunities clause* de l'article IV (B) ou du 14^{ème} amendement (C), les juridictions américaines procèdent à un contrôle de proportionnalité des mesures soumises à leur examen dès lors que les requérants ont établi *prima facie* une violation de ces dispositions. Toutefois, le contenu de contrôle n'est pas le même selon la disposition

²²⁹⁸ A. RACLET, *Droit communautaires des affaires...*, op. cit., p. 446.

²²⁹⁹ C'est davantage l'existence de précédents que la connaissance des critères de contrôle qui permet de prédire l'issue d'un litige. V. *infra*, §2 de la présente section.

invoquée. Cette variation dans la méthodologie employée implique qu'une mesure peut être conforme à la Constitution sur le fondement d'une de ces dispositions mais déclarée inconstitutionnelle sur le fondement d'une autre²³⁰⁰.

A. Le double test de la clause de commerce

662. Le principe d'un contrôle de proportionnalité des mesures affectant le commerce interétatique mais justifiée par un intérêt légitime s'est progressivement imposé. Celui-ci a, cependant, pris deux formes distinctes, selon la nature de la mesure. En présence d'une mesure discriminatoire, la Cour Suprême applique, en principe, un test strict de proportionnalité (« *strict scrutiny test* ») (1), tandis que si la mesure est indistinctement applicable, elle met en œuvre le « *balancing test* » dégagé en 1970 dans l'arrêt *Pike* (2). Toutefois, elle ne fait pas toujours preuve d'une grande rigueur dans l'identification du test applicable, de telle sorte que sa jurisprudence ne semble pas totalement stabilisée.

1. L'application d'un test strict de proportionnalité aux mesures discriminatoires (le « strict scrutiny test »)

663. En présence d'une mesure discriminatoire, la Cour Suprême semble avoir hésité entre deux approches²³⁰¹, différentes en théorie, mais dont la frontière est peu perceptible en pratique.

Le point de départ du contrôle des juridictions est identique : une mesure discriminatoire, en droit ou dans ses effets, est présumée inconstitutionnelle²³⁰². En effet, selon une jurisprudence ancienne et constante, un Etat « *ne peut, sous prétexte d'exercer ses pouvoirs de police, établir des discriminations à l'encontre des produits et industries d'autres Etats en faveur de ses propres produits ou industries* »²³⁰³. Toutefois, le caractère de cette présomption diverge selon l'approche retenue.

Dans le premier cas, la présomption d'inconstitutionnalité semble irréfragable, de telle sorte qu'aucune exception n'est admise. La Cour refuse donc d'examiner les objectifs poursuivis

²³⁰⁰ V. not. en ce sens *Bendix Autolite Corp.*, 486 U.S., préc., 894.

²³⁰¹ V. *Bendix Autolite Corp.*, 486 U.S., préc., p. 891.

²³⁰² V. *Dean Milk Co.*, 340 U.S., préc., p. 354 ; *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S., préc., p. 624.

²³⁰³ *Brimmer v. Rebman*, 138 U.S., préc., p. 82.

par les Etats, même si ceux-ci relèvent de leur pouvoir de police. Ainsi dans l'arrêt *City of Philadelphia v. New Jersey* de 1978²³⁰⁴, la Cour, après avoir posé la règle selon laquelle les mesures discriminatoires étaient virtuellement invalides *per se*²³⁰⁵, a jugé que la question centrale était la qualification de la mesure²³⁰⁶. Elle en a déduit qu'il n'était pas nécessaire de déterminer l'objectif réellement poursuivi par l'Etat²³⁰⁷.

Dans le second cas, la présomption est réfragable, mais la charge de la preuve pesant sur l'Etat est particulièrement lourde : celui-ci doit démontrer que sa mesure poursuit un intérêt légitime et qu'il n'existe aucune alternative non discriminatoire pour protéger cet intérêt. Telle est la règle posée dans l'arrêt *Dean Milk Co. v. City of Madison* de 1951 : un Etat ne peut adopter une mesure discriminatoire, même dans l'exercice de ses pouvoirs de police, si « *des alternatives raisonnables, non discriminatoires et appropriées pour [atteindre l'objectif recherché] existent* »²³⁰⁸.

Dans certains arrêts, la Cour a indiqué qu'elle pouvait suivre l'une ou l'autre de ces approches pour apprécier les mesures discriminatoires soumises à son contrôle. Ainsi, dans l'arrêt *Bendix* de 1988, elle a déclaré qu'en présence d'une entrave affectant plus lourdement les activités économiques non étatiques, elle pouvait, soit constater l'existence d'une discrimination rendant automatiquement la réglementation invalide, soit examiner les intérêts étatiques en jeu, afin d'apprécier la proportionnalité de la mesure²³⁰⁹.

Enfin, elle a parfois procédé à une synthèse des deux approches. Par exemple, dans l'arrêt *C&A Carbone* de 1994, elle a affirmé que « *la discrimination à l'égard du commerce interétatique en faveur du commerce ou de l'investissement local est per se invalide, sauf dans [l'hypothèse] étroite où [il] peut être démontré, par le biais d'un examen rigoureux, qu'il n'existe aucune autre moyen d'atteindre l'objectif [...] légitime* »²³¹⁰.

664. En pratique, ces deux approches aboutissent au même résultat : les mesures

²³⁰⁴ *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, préc.

²³⁰⁵ P. 624 de l'arrêt : « *where simple economic protectionism is effected by state legislation, a virtually per se rule of invalidity has been erected* ».

²³⁰⁶ *Id.*

²³⁰⁷ P. 626: « [la] question concernant l'objectif législatif [réellement poursuivi] n'a pas besoin d'être tranchée, sa résolution n'étant pas déterminante pour se prononcer sur la problème constitutionnel posé en l'espèce ».

²³⁰⁸ *Dean Milk Co.*, préc., p. 354. V. également *Great Atlantic & Pac. Tea Co.*, 424 U.S. 366, préc.

²³⁰⁹ *Bendix Autolite Corp.*, 486 U.S., préc., p. 891. En l'espèce, la Cour a choisi de recourir à la seconde méthode et est parvenue à la conclusion que la réglementation de l'Ohio suspendant les délais de prescription pour poursuivre des entreprises non établies dans l'Etat était inconstitutionnelle.

²³¹⁰ *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S., préc., p. 392.

discriminatoires, sont, dans la quasi-totalité des cas, déclarée inconstitutionnelles²³¹¹. Au-delà de cette similitude des solutions, les deux grilles d'analyse convergent en ce que la Cour, même lorsqu'elle prétend que le caractère discriminatoire de la mesure suffit à constater son inconstitutionnalité et que l'objectif poursuivi est indifférent, prend souvent soin d'expliquer en quoi le but allégué pouvait être atteint de manière non discriminatoire. Aussi, nonobstant l'existence de deux discours jurisprudentiels différents, les deux types de contrôle sont largement similaires.

665. Les arrêts précités illustrent cette convergence. Dans l'affaire *City of Philadelphia v. New Jersey*, la Cour Suprême, après avoir indiqué qu'il n'était pas nécessaire de déterminer quel était le but réellement poursuivi, observe, néanmoins, que l'objectif de protection de l'environnement, allégué par l'Etat pour justifier l'interdiction d'importer des déchets, pouvait être rempli par une mesure non discriminatoire²³¹². Elle a donc, en réalité, appliqué un contrôle identique à celui déployé dans l'arrêt *Dean Milk Co.*²³¹³, même si les termes employés ne sont pas exactement les mêmes.

666. En conséquence, aux termes des tests employés par la Cour Suprême, une mesure discriminatoire ne peut être déclarée constitutionnelle que s'il apparaît que la différence de traitement est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif légitime recherché. Or, pour les juges, il existe presque toujours un moyen indistinctement applicable de parvenir au résultat poursuivi. Il en résulte, pour reprendre la formule du professeur COENEN, que le contrôle juridictionnel, sévère en théorie, se révèle « fatal » en pratique²³¹⁴, d'autant que la charge de la preuve repose sur l'Etat²³¹⁵.

Ainsi, dans l'affaire *Dean Milk Co.*²³¹⁶, la ville de Madison interdisait la vente de lait sur le territoire municipal lorsque celui-ci n'avait pas été pasteurisé dans une usine agréée se situant à moins de 5 miles de la ville. Devant la Cour Suprême, elle a justifié cette mesure par la

²³¹¹ M. E. SMITH, "State Discriminations Against Interstate Commerce", *Cal. L. Rev.*, vol. 74, 1986, p. 1203, spéc. p. 1204.

²³¹² Telle qu'une mesure de réduction des flux de l'ensemble des déchets, quelle que soit leur origine (*City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S., préc., pp. 626-627).

²³¹³ *Dean Milk Co.*, 340 U.S. 349, préc.

²³¹⁴ D. COENEN, *The Commerce Clause*, op. cit., p. 224. Tel est également le cas dans l'UE (v. à ce propos le chapitre 1, section 2, §2, A, 1 du présent titre, *supra*).

²³¹⁵ V. par ex. *Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S., préc., p. 353 ; *Hughes*, 441 U.S., préc., p. 336 ; *S.D. Farm Bureau, Inc. v. Hazeltine*, 340 F.3d 583 (8th Cir. 2004).

²³¹⁶ *Dean Milk Co.*, 340 U.S. 349, préc.

nécessité de protéger la santé publique. Après avoir constaté le caractère discriminatoire de la mesure, la Cour a jugé que des alternatives non discriminatoires, telles que des mesures d'inspection des usines, permettaient d'atteindre cet objectif.

Dans l'arrêt *Hughes v. Oklahoma* de 1979²³¹⁷, la Cour Suprême a jugé que l'interdiction d'exporter des vairons constituait une forme ultime de discrimination. Tout en reconnaissant l'intérêt légitime des Etats à conserver et protéger leur faune, elle a considéré, sur le fondement du *strict scrutiny test*, que des alternatives non discriminatoires – sans préciser lesquelles – permettaient d'atteindre cet objectif.

Dans l'arrêt *Granholm* de 2005²³¹⁸, la Cour Suprême a déclaré inconstitutionnelles les réglementations des Etats de New York et du Michigan interdisant aux viticulteurs établis dans d'autres Etats de procéder à des ventes directes auprès des résidents de ces Etats²³¹⁹. Ces réglementations étant discriminatoires, la Cour Suprême a rappelé qu'elles ne pouvaient être conformes à la clause de commerce qu'à la condition de « *poursuivre un objectif local légitime ne pouvant être atteint correctement par des alternatives raisonnables et non discriminatoires* »²³²⁰. Les Etats prétendaient poursuivre deux objectifs : la protection des mineurs, d'une part, et la préservation des recettes fiscales, d'autre part. A l'égard du premier objectif, la Cour a jugé qu'il n'était pas démontré que l'achat de vin sur internet par des mineurs constituaient un réel problème. Elle a ajouté qu'il existait des alternatives non discriminatoires pour protéger les mineurs, telles que l'obligation d'obtenir la signature d'un majeur²³²¹. A l'égard du second objectif, la Cour a considéré qu'un système de licence non discriminatoire permettait d'effectuer les contrôles nécessaires pour prévenir l'évasion fiscale²³²². La Cour a donc, comme dans les exemples précédents, estimé que les Etats n'avaient pas rempli les conditions jurisprudentielles nécessaires pour justifier leurs

²³¹⁷ *Hughes*, 441 U.S. 322, préc.

²³¹⁸ *Heald*, 544 U.S. 460, préc.

²³¹⁹ Les viticulteurs étaient donc obligés de recourir à des grossistes ou des détaillants établis dans ces Etats. La CJUE a également eu à juger de réglementations étatiques interdisant l'importation directe par des consommateurs individuels. Ces réglementations ont été jugées non nécessaires pour atteindre les objectifs de santé publique et de protection des mineurs (CJCE, *Franzén*, aff. 189/95, préc. ; CJCE, *Rosengren e.a.*, aff. C-170/04, préc.).

²³²⁰ V. p. 489 de l'arrêt.

²³²¹ V. pp. 489-490 de l'arrêt.

²³²² V. pp. 491-492 de l'arrêt.

mesures²³²³.

Bien d'autres exemples permettraient d'illustrer cette position de la Cour Suprême à l'égard des mesures discriminatoires²³²⁴. L'arrêt *Lewis v. BT Investment*²³²⁵, qui concerne la liberté d'établissement, achèvera ce rapide tour d'horizon. En l'espèce, les juges de Washington ont déclaré inconstitutionnelle une loi de l'Etat de Floride interdisant aux banques non établies dans l'Etat de détenir ou de contrôler des entreprises fournissant des services de conseil en investissement. Admettant que la lutte contre la concentration économique dans le secteur bancaire et la lutte contre la fraude constituaient des justifications légitimes, ils ont néanmoins exclu que la mesure choisie constitue la seule méthode pour atteindre ces objectifs²³²⁶.

667. De manière très exceptionnelle, la Cour a pu considérer qu'un Etat ou une collectivité infra-étatique avaient démontré que seul un traitement différent des marchandises ou services selon leur origine permettait de protéger l'intérêt légitime en jeu.

La jurisprudence « moderne »²³²⁷ ne révèle qu'une seule affaire dans laquelle la Cour, tout en constatant le caractère discriminatoire de la mesure et appliquant le *strict scrutiny test*, a conclu à sa constitutionnalité. En 1986, elle a considéré que l'interdiction du Maine d'importer, sur son territoire, certaines espèces de poissons, en raison des risques de propagation d'un parasite, était justifiée par la protection de la faune²³²⁸. Cet arrêt, reconnaissant la conformité à la clause de commerce d'une interdiction d'importation, contraste avec la jurisprudence classique de la Cour Suprême²³²⁹. Deux facteurs expliquent, cependant, cette décision singulière. D'une part, la juridiction de première instance avait estimé que l'Etat apportait suffisamment d'éléments démontrant l'absence d'alternatives à l'interdiction d'importation. En particulier, elle avait été convaincue par les analyses des

²³²³ Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises par la suite, de nombreux Etats ayant des réglementations similaires concernant la distribution de vins sur leur territoire (v. par ex. *Freeman v. Corzine*, 629 F.3d 146 (3rd Cir. 2010)).

²³²⁴ V. par ex. *Chemical Waste Management, Inc.*, 504 U.S. 334, préc. ; *Oregon Waste Sys., Inc.*, 511 U.S. 93, préc.

²³²⁵ *BT Inv. Managers, Inc.*, 447 U.S. 27, préc.

²³²⁶ V. pp. 42-44 de l'arrêt. Pour un exemple récent de discrimination liée au lieu d'établissement et déclarée inconstitutionnelle, v. *Tri-M Group LLC*, 638 F.3d 406, préc.

²³²⁷ Par « moderne », nous désignons la jurisprudence de la seconde partie du 20^{ème} siècle, dans laquelle la Cour a progressivement élaboré le *strict scrutiny test* et le *balancing test* de l'arrêt *Pike* pour apprécier les atteintes à la clause de commerce.

²³²⁸ *Taylor*, 477 U.S. 131, préc.

²³²⁹ V. par ex. *Railroad Co. v. Husen*, 95 U.S. 465, préc. ; *Great Atlantic & Pac. Tea Co.*, 424 U.S. 366, préc. ; *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, préc. ; *Fort Gratiot Sanitary Landfill, Inc.*, 504 U.S. 353, préc.

experts de l'Etat pour qui il n'existait pas de techniques d'inspection satisfaisantes permettant de détecter la présence du parasite. Or, il revient, comme le rappelle la Cour, aux *district courts* de se prononcer sur les faits. Les juridictions d'appel ne peuvent réexaminer les faits qu'en cas « d'erreur manifeste d'appréciation »²³³⁰. Considérant que l'arrêt de la *district court* était raisonnablement motivé, la Cour a, contrairement à la Cour d'appel, refusé de renverser les conclusions du juge de 1^{ère} instance. D'autre part, elle semble avoir reconnu, en l'espèce, l'existence d'un principe de précaution. Selon l'opinion majoritaire, l'Etat du Maine avait « *un intérêt légitime à se protéger [...] des risques environnementaux, nonobstant la possibilité que de tels risques apparaissent finalement négligeables. Les principes constitutionnels sous-tendant la clause de commerce ne peuvent être interprétés comme exigeant que l'Etat du Maine attende que de potentiels dommages environnementaux irréversibles se produisent, ou que la communauté scientifique se mette d'accord sur les organismes malades dangereux, avant d'agir pour éviter de telles conséquences* »²³³¹. Le juge STEVENS, seul auteur de l'opinion dissidente²³³², a rappelé que, en présence d'une mesure discriminatoire, il revenait à l'Etat de démontrer l'impossibilité de recourir à d'autres mesures. Observant que seul l'Etat du Maine avait mis en œuvre une interdiction d'importation, il a conclu que celui-ci n'avait pas apporté une telle preuve. Cette ligne classique s'est constamment imposée par la suite : la Cour n'a, à notre connaissance, jamais réaffirmé qu'un Etat pouvait, à titre préventif, interdire l'importation d'une marchandise²³³³.

668. On relèvera, *in fine*, que le *strict scrutiny test* s'applique, selon la Cour Suprême, tant aux mesures directement discriminatoires qu'aux mesures indistinctement applicables mais discriminatoires dans leurs effets²³³⁴. Toutefois, la Cour a souvent joué sur la qualification des mesures pour choisir le test applicable. Ainsi, le caractère non-discriminatoire de certaines mesures était, dans certaines affaires, discutable. La Cour, en constatant simplement que la mesure était, en droit, indistinctement applicable, a appliqué le test plus souple du *balancing*

²³³⁰ “*clearly erroneous standard*” (v. p. 145 de l'arrêt).

²³³¹ V. p. 148 de l'arrêt.

²³³² V. pp. 152-153 de l'arrêt.

²³³³ Pour une comparaison de cette jurisprudence avec la jurisprudence communautaire, v. *infra*, section 2, § 1, A, du présent titre.

²³³⁴ *Taylor*, 477 U.S., préc., p. 138 ; *Wyoming v. Oklahoma*, 502 U.S. 437 (1992) ; *Walgreen Co. v. Rullan*, 405 F.3d 50 (1st Cir. 2005).

test et ainsi conclu au respect de la clause de commerce²³³⁵.

2. L'application d'un test souple de proportionnalité aux mesures indistinctement applicables (le « balancing test »)

669. Comme pour les mesures discriminatoires, la Cour Suprême n'a pas adopté une approche totalement unitaire des mesures indistinctement applicables. Deux voies se sont également dessinées : une voie « de principe », par laquelle les juridictions appliquent un *balancing test*, c'est-à-dire un test « souple » de proportionnalité²³³⁶ ; une voie « séditionneuse » par laquelle toute mesure non discriminatoire relevant des pouvoirs de police des Etats est jugée conforme à la Constitution, nonobstant les éventuelles restrictions aux libertés de circulation qu'elle comporte.

670. Depuis l'arrêt *Pike v. Bruce Church, Inc.* de 1970²³³⁷, les juridictions fédérales, en présence d'une entrave non discriminatoire au commerce interétatique, appliquent, en principe, le *balancing test*. Aux termes de l'arrêt de principe, « lorsqu'une législation [indistinctement applicable] poursuit un intérêt local légitime et que ses effets sur le commerce interétatique ne sont qu'incidents, cette législation est valide sauf si la restriction au commerce interétatique qu'elle entraîne est clairement excessive en comparaison des effets locaux escomptés. Si un intérêt local légitime existe, la question devient alors une question de degré. Et l'étendue de l'entrave qui sera tolérée dépendra de la nature des intérêts locaux en jeu et de l'existence de moyens moins restrictifs des activités pour atteindre ces objectifs »²³³⁸.

671. Cette formule, rappelée constamment depuis, n'est pas une création *ex nihilo* de la Cour Suprême. Des formes primitives du *balancing test* sont ainsi apparues au fil des arrêts²³³⁹. Par exemple, dans l'arrêt *Mintz v. Baldwin* de 1933²³⁴⁰, la Cour Suprême, saisie

²³³⁵ V. par ex. *United Haulers Assn*, 550 U.S. 330, préc. En l'espèce, la Cour a jugé qu'une mesure attribuant un monopole à une entreprise publique pour le traitement des déchets n'était pas discriminatoire. Elle a donc appliqué le *balancing test*. En 1994, elle avait, au contraire, estimé qu'un monopole attribué à une entreprise privée pour le traitement des déchets était discriminatoire et devait donc être soumis au *strict scrutiny test* (*C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S. 383, préc.). A propos de ces deux arrêts, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, § 1 et chapitre 1, section 1, § 2, B du présent titre, *supra*.

²³³⁶ Ce test apparaît également sous l'expression « *undue burden test* » (v. par ex. D. S. DAY, « *Revisiting Pike...* », préc., p. 47).

²³³⁷ *Pike*, 397 U.S. 137, préc.

²³³⁸ P. 142 de l'arrêt.

²³³⁹ V. à ce propos 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, § 2, *supra*.

d'une réglementation de l'Etat de New York imposant une inspection sanitaire et la production d'un certificat pour l'importation de bétail, avait conclu à la constitutionnalité de la mesure, après avoir observé que la mesure « *était propre à prévenir la diffusion de la [maladie de Bang] et à protéger la santé publique* »²³⁴¹ et estimé qu'il n'était pas démontré que la mesure « *entrav[ait] de manière non nécessaire le transport interétatique* »²³⁴². Dans l'arrêt *Southern Pacific Railway v. Arizona*²³⁴³, elle avait, au contraire, déclaré inconstitutionnelle une mesure relative à la longueur des trains, au motif que la mesure avait « *un effet restrictif sérieux sur l'efficacité et l'économie des transports qui dépass[ait] ce qui est pleinement essentiel pour la sécurité* »²³⁴⁴. Enfin, l'arrêt *Huron Portland Co.*²³⁴⁵ a, en quelque sorte, annoncé l'arrêt *Pike* en indiquant qu'« *une réglementation locale [indistinctement applicable] poursuivant un objectif légitime est valide sauf [...] si elle entrave de manière excessive le commerce interétatique* »²³⁴⁶.

672. Dès lors, la formule de l'arrêt *Pike* constitue la synthèse d'une jurisprudence forgée depuis le 19^{ème} siècle²³⁴⁷. Elle implique qu'une mesure non-discriminatoire est conforme à la clause de commerce si deux conditions sont remplies : la mesure doit poursuivre un intérêt légitime, d'une part ; son effet restrictif ne doit pas être clairement excessif au regard de l'objectif poursuivi, d'autre part. A cet égard, la Cour vérifie qu'il n'existe pas de moyens moins restrictifs de protéger l'intérêt allégué.

673. Sur la forme, le contrôle semble *a priori* proche de celui appliqué dans l'Union européenne²³⁴⁸. Toutefois, il diverge substantiellement sur deux aspects.

Tout d'abord, à l'inverse du *strict scrutiny test*²³⁴⁹, le *balancing test* implique que la charge de la preuve repose sur la personne qui conteste la mesure. Autrement dit, dès lors que la mesure est indistinctement applicable et qu'elle semble poursuivre un objectif légitime, il revient à la

²³⁴⁰ *Mintz v. Baldwin*, 289 U.S. 346 (1933).

²³⁴¹ P. 349-350 de l'arrêt.

²³⁴² P. 350 de l'arrêt.

²³⁴³ *Southern Pacific Railway*, 325 U.S. 761, préc.

²³⁴⁴ P. 781 de l'arrêt. Sur cet arrêt et, de manière plus générale, sur la jurisprudence relative aux transports, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, A, *supra*.

²³⁴⁵ *Huron Portland Cement Co.*, 362 U.S. 440, préc.

²³⁴⁶ P. 443 de l'arrêt.

²³⁴⁷ V. D. S. DAY, "Revisiting *Pike*...", préc., p. 46.

²³⁴⁸ V. not. en ce sens C. BARNARD, "Restricting Restrictions...", *C.L.J.*, vol. 68, 2009, p. 575, *spéc.* p. 587.

²³⁴⁹ V. *supra*, 1.

partie qui invoque la *dormant commerce clause* de démontrer, d’une part, l’existence d’une restriction substantielle, d’autre part, le caractère disproportionné de la mesure au regard de l’objectif recherché²³⁵⁰. Dans l’Union européenne, dès lors qu’il est établi qu’une mesure affecte l’une des libertés de circulation, il revient à l’Etat de démontrer qu’il poursuit un objectif légitime et que le moyen choisi pour atteindre cet objectif est nécessaire et proportionné²³⁵¹.

Ensuite, le degré du contrôle de proportionnalité diverge²³⁵² : la Cour de justice de l’Union européenne applique, généralement, un test de stricte proportionnalité²³⁵³, alors que les juridictions fédérales américaines, aux termes de l’arrêt *Pike*, ne condamne que les entraves manifestement excessives au regard des objectifs poursuivis²³⁵⁴.

674. Bien que favorable aux Etats, le *balancing test* a été et demeure contesté²³⁵⁵. La Cour Suprême a, dans quelques arrêts, refusé d’apprécier la proportionnalité des mesures indistinctement applicables soumises à son examen, dessinant ainsi une seconde voie de contrôle. Ainsi, dans l’arrêt *Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen v. Chicago R.I. & P.R.* de 1968²³⁵⁶, la Cour a jugé conforme à la clause de commerce une réglementation de l’Arkansas relative à la sécurité dans les trains traversant son territoire. Cette réglementation imposait, notamment, la présence de certains professionnels à bord, tels qu’un ingénieur, un conducteur, un pompier, un contremaître, etc. Ces exigences variaient, néanmoins, selon la

²³⁵⁰ V. par ex. *Northwest Central Pipeline Corp.*, 489 U.S., préc., p. 526. En l’absence de restriction substantielle, les objectifs de la réglementation litigieuse et sa proportionnalité ne sont, souvent, pas examinés (v. par ex. *National Ass’n of Optometrists & Opticians*, 682 F.3d 1144, préc. : refus du juge d’examiner les objectifs et la proportionnalité d’une réglementation interdisant aux opticiens de proposer, dans les mêmes locaux, un examen des yeux et la vente de verres correcteurs, une telle réglementation ne constituant pas une entrave substantielle au commerce interétatique). Par contraste, v. CJCE, *Mc Quen*, aff. C-108/96, préc.

²³⁵¹ Pour de plus amples développements sur le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la CJUE, v. *infra*, § 2 de la présente section. Sur la question de la charge de la preuve, v. not. les pts 67 à 70 des conclusions rendues par l’avocate générale SHARPSTON sous l’arrêt CJUE, 14 juin 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-542/09 (non encore publié au recueil).

²³⁵² En ce sens, v. M. POIARES MADURO, « La Cour de justice de l’Union européenne et la Cour Suprême des Etats-Unis face à l’entrave », *op. cit.*, p. 276.

²³⁵³ *Id.*

²³⁵⁴ Sur les conséquences concrètes de telles divergences, v. *infra*, section 2 du présent chapitre.

²³⁵⁵ Sur les raisons d’une telle contestation, v. *infra*, section 2, § 2, du présent chapitre.

²³⁵⁶ *Brotherhood of Locomotive Firemen*, 393 U.S. 129, préc. Cet arrêt a déjà fait l’objet d’une analyse, *supra* (v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, A).

distance parcourue par les trains²³⁵⁷. La juridiction de 1^{ère} instance saisie avait mis en balance l'effet restrictif de la mesure avec ses avantages en termes de sécurité pour conclure à son caractère excessif et prononcer son inconstitutionnalité. La Cour Suprême a renversé cet arrêt, moins en raison du résultat du contrôle, qu'en raison de la méthode employée pour y parvenir. En effet, selon l'opinion majoritaire, « *la question de la sécurité [...] est une question de politique publique et les politiques publiques ne peuvent, au regard de notre système constitutionnel, être tranchées que par les citoyens agissant au travers de leurs représentants* »²³⁵⁸. Dès lors, « *la responsabilité de la District Court d'établir les faits ne l'autoris[ait] pas à résoudre les conflits de preuve en défaveur des conclusions du législateur, ou même à rejeter le jugement législatif [...]* »²³⁵⁹. Cette conception exclut donc, dès lors qu'un objectif légitime a motivé l'adoption de la mesure, que les juridictions vérifient sa nécessité et sa proportionnalité. Certes, cet arrêt est antérieur à la jurisprudence *Pike*. Toutefois, il contraste avec d'autres arrêts rendus dans le domaine des transports, dans lesquels la Cour Suprême avait contrôlé que les mesures litigieuses permettaient effectivement d'améliorer la sécurité et avait jugé inconstitutionnelles celles dont l'effet restrictif était trop important au regard des avantages allégués²³⁶⁰.

675. Postérieurement à l'arrêt *Pike*, le *balancing test* n'a été remis en question que par une partie minoritaire des juges²³⁶¹. Toutefois, certains arrêts ont pu semer le doute quant à la réalité du contrôle de proportionnalité exercé. Ainsi, dans l'arrêt *United Haulers* de 2007²³⁶², après avoir rappelé les critères de la jurisprudence *Pike*, l'opinion majoritaire a déclaré : « *nous n'estimons pas nécessaire d'examiner si l'ordonnance comporte une entrave [...] au commerce interétatique puisque, quel que soit l'obstacle, celui-ci n'excède pas les bénéfices publics de l'ordonnance* »²³⁶³. Observant seulement que l'attribution d'un monopole à une

²³⁵⁷ Pour les compagnies ferroviaires contestant la réglementation, la mesure était discriminatoire : en pratique, elle n'affectait que les compagnies effectuant des trajets interétatiques. La Cour Suprême a rejeté cet argument, estimant que le critère distinctif n'était pas le caractère intra ou interétatique, mais un critère objectif, puisqu'il existait un lien entre la distance parcourue par les trains et les risques en termes de sécurité.

²³⁵⁸ P. 138 de l'arrêt.

²³⁵⁹ Pp. 138-139 de l'arrêt.

²³⁶⁰ V. not. *Southern Pacific Railway*, 325 U.S. 761, préc. ; *Navajo Freightlines*, 359 U.S. 520, préc. Ces arrêts ont été analysés dans la première partie de la thèse (titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, A, *supra*).

²³⁶¹ Notamment les juges SCALIA et THOMAS. Pour une analyse de leurs arguments, v. *infra*, section 2, § 2 du présent chapitre.

²³⁶² *United Haulers Assn*, 550 U.S. 330, préc.

²³⁶³ P. 1797 de l'arrêt.

entreprise publique pour traiter les déchets poursuivait certains objectifs légitimes, la Cour a conclu à la constitutionnalité de la mesure sans avoir effectué de réel contrôle de proportionnalité puisqu'un des éléments du test – l'appréciation du degré de l'entrave – était absent.

676. Un certain nombre de juridictions fédérales ont suivi une démarche similaire, soit en rappelant la jurisprudence *Pike* mais en ne l'appliquant pas réellement, soit en rejetant le *balancing test* en l'absence de toute discrimination.

Ainsi, dans un arrêt de 1995²³⁶⁴, la Cour d'appel du 7^{ème} circuit, suivant la théorie développée par le professeur REGAN²³⁶⁵, a considéré qu'il convenait d'appliquer, non le *balancing test*, mais le test de « la base rationnelle »²³⁶⁶, dès lors qu'il était établi que la mesure litigieuse était indistinctement applicable en droit comme en fait²³⁶⁷. Selon cette juridiction, « à moins que la loi ne soit discriminatoire à l'égard du commerce interétatique expressément ou dans ses effets, il n'y a aucune raison d'exiger une quelconque justification »²³⁶⁸. En l'espèce, elle a considéré que l'ordonnance adoptée par la ville de Chicago interdisant la vente de bombes de peinture et de marqueurs indélébiles constituait une mesure totalement neutre dont les objectifs n'avaient pas à être confrontés aux restrictions au commerce qu'elle comportait.

Une *District Court* de l'Illinois, tout en indiquant expressément son embarras concernant la portée exacte de l'arrêt *Pike*²³⁶⁹, a également choisi de ne pas appliquer le *balancing test* dans

²³⁶⁴ *National Paint*, 45 F.3d 1124, préc.

²³⁶⁵ D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", préc., p. 1091. Dans cet article, le professeur REGAN s'est efforcé de démontrer, d'une part, que le *balancing test* ne constituait pas un test adéquat pour apprécier les restrictions indistinctement applicables au commerce interétatique, d'autre part, que la Cour Suprême elle-même n'appliquait pas réellement ce test, approuvant, en pratique, toute réglementation non discriminatoire en droit comme en fait. V. à ce propos l'introduction du titre 2 de la 2^{ème} partie, *supra*.

²³⁶⁶ Ce test trouve sa source dans certains arrêts, relativement anciens, de la Cour Suprême (v. par ex. *Barnwell Bros.*, 303 U.S., préc., pp. 190-192). Pour rappel, il consiste à vérifier que le législateur étatique a agi dans le cadre de ses compétences et que les moyens choisis sont « rationnellement » susceptibles d'atteindre les finalités recherchées. V. not. à ce propos 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, §2, A, *supra*.

²³⁶⁷ Pour la Cour d'appel du 7^{ème} circuit, les mesures peuvent être rangées en trois catégories : les mesures discriminatoires, les mesures indistinctement applicables ayant un impact différencié sur les intérêts étatiques et les intérêts non étatiques et les mesures indistinctement applicables en droit comme en fait. Elle considère que la mesure de l'arrêt *Pike* relève en réalité de la 2^{ème} catégorie et que, en conséquence, le *balancing test* ne peut s'appliquer qu'à cette catégorie.

²³⁶⁸ P. 1132 de l'arrêt.

²³⁶⁹ La *District Court* relève que tant la jurisprudence de la Cour Suprême que la jurisprudence de la Cour d'appel du 7^{ème} circuit est contradictoire sur l'applicabilité de la jurisprudence *Pike* aux mesures affectant de la même manière les opérateurs étatiques et les opérateurs non étatiques (v. pp. 901-905 de l'arrêt).

une affaire de 2007 relative à l'interdiction de vente de foie gras dans la ville de Chicago²³⁷⁰. La mesure étant indistinctement applicable, elle l'a jugée conforme à la Constitution.

677. Comme pour les mesures discriminatoires, l'existence de deux tests n'affectent, en pratique, pas le résultat du contrôle : les mesures indistinctement applicables, en droit comme en fait, contestées au regard de la clause de commerce ont été, dans leur quasi-totalité, jugées conformes à la Constitution par la Cour Suprême²³⁷¹. Seules quelques réglementations relevant du domaine des transports ont fait l'objet d'un contrôle approfondi de proportionnalité et ont été déclarées inconstitutionnelles au motif que l'obstacle qu'elles imposaient au commerce interétatique était disproportionné au regard des objectifs poursuivis²³⁷². Les arrêts des juridictions inférieures que nous avons consultés confirment largement cette tendance²³⁷³.

678. Bien qu'« *une seule approche conceptuelle ne permet[te] pas d'identifier tous les facteurs pertinents dans une affaire particulière* »²³⁷⁴, il apparaît bien que la qualification de la mesure est davantage décisive que le contrôle de proportionnalité ultérieurement appliqué. En effet, quel que soit le degré de contrôle de proportionnalité appliqué, une règle quasi-immuable émerge de la jurisprudence de la Cour Suprême : une mesure discriminatoire est contraire à la clause de commerce, une mesure indistinctement applicable est conforme à ladite clause.

B. Le test de la *Privileges and Immunities clause* de l'article IV, clause 2

679. Comme la *dormant commerce clause*, la *Privileges and Immunities clause* de l'article IV, clause 2 ne comporte pas une interdiction absolue mais une interdiction relative à l'égard des Etats. En effet, elle s'oppose aux seules différences de traitement « non raisonnables »

²³⁷⁰ Illinois Restaurant Association v. City of Chicago, 492 F.Supp.2d 891 (N.D. Illinois 2007).

²³⁷¹ V. à ce propos titre 2, chapitre 1, section 2, § 3 de la 1^{ère} partie, *supra*.

²³⁷² V. à ce propos 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, A, *supra*. La Cour a également déclaré inconstitutionnelle des réglementations indistinctement applicables ayant un effet extra-territorial. Cette circonstance semble avoir davantage joué que le contrôle de proportionnalité appliqué (v. *MITE Corp.*, 457 U.S. 624, préc.).

²³⁷³ V. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, B, 2, *supra*.

²³⁷⁴ *Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S., préc., p. 441. V. également L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 1102.

entre les résidents étatiques et les résidents des autres Etats de l'Union²³⁷⁵.

680. Le test appliqué dans ce cadre se décompose, comme pour la clause de commerce, en deux étapes : la Cour recherche, tout d'abord, si une raison substantielle justifie la différence de traitement²³⁷⁶. Si tel est le cas, elle examine, dans un second temps, s'il existe une « relation raisonnable » (*“reasonable relationship”*) entre les raisons invoquées et la différence de traitement imposée par l'Etat²³⁷⁷. C'est donc une forme de contrôle de proportionnalité que la Cour applique pour déterminer si les mesures litigieuses sont acceptables au regard de la *Privileges and Immunities clause*.

681. En pratique, plusieurs conditions doivent être réunies pour que les juridictions concluent, au regard de ce test, à la proportionnalité des mesures soumises à leur contrôle.

682. L'Etat doit, notamment, démontrer en quoi les citoyens des autres Etats constituent une menace particulière au regard de l'objectif allégué²³⁷⁸. Ainsi, la lutte contre le chômage ne constitue une raison substantielle pour réserver certains emplois aux résidents qu'à la condition que l'Etat ou la collectivité à l'origine de la mesure prouve que les problèmes de sous-emplois de leurs résidents résultent de la présence de ressortissants d'autres Etats sur leur territoire²³⁷⁹.

683. L'Etat doit également démontrer la nécessité de la mesure. La Cour a, en effet, précisé que « pour décider si une discrimination présente une relation proche ou substantielle avec l'objectif étatique, [elle] considérerait l'existence de moyens moins restrictifs »²³⁸⁰. S'il apparaît que des alternatives non discriminatoires permettent d'atteindre l'objectif recherché, la condition ne peut être jugée remplie²³⁸¹.

684. C'est sur ce fondement, que les juges de Washington ont considéré, dans l'arrêt de principe *Toomer v. Witsell*²³⁸², qu'une taxe pesant plus lourdement sur les pêcheurs non

²³⁷⁵ V. par ex. *Baldwin*, 436 U.S., préc., p. 383 (*“When the Privileges and Immunities Clause has been applied to specific cases, it has been interpreted to prevent a State from imposing unreasonable burdens on citizens of other States [...]”*). V. également, *Lunding*, 522 U.S., préc., p. 311.

²³⁷⁶ V. à ce propos chapitre 1, section 2, § 1, B du présent titre, *supra*.

²³⁷⁷ *Toomer v. Witsell*, 334 U.S., préc., pp. 399 et 403 ; *Hicklin v. Orbeck*, 437 U.S., préc., p. 526.

²³⁷⁸ *“Nonresidents must somehow be shown to constitute a peculiar source of the evil at which the statute is aimed”* (*Toomer v. Witsell*, 334 U.S., préc., p. 398).

²³⁷⁹ *Hicklin v. Orbeck*, 437 U.S. 518, préc. ; *Building Trades Council*, 465 U.S. 208.

²³⁸⁰ *Piper*, 470 U.S., préc., 284 : *“In deciding whether the discrimination bears a close or substantial relationship to the State's objective, the Court has considered the availability of less restrictive means”*.

²³⁸¹ V. par ex. *Toomer v. Witsell*, 334 U.S., préc., pp. 398-399.

²³⁸² *Id.*

résidents que sur les pêcheurs résidents était contraire à la *Privileges and Immunities clause*. L'Etat faisait valoir – sans le démontrer – que les pêcheurs non résidents utilisaient des bateaux plus grands que les pêcheurs résidents et que la taxe se justifiait par la nécessité de conserver les ressources halieutiques. La Cour a rejeté l'argument, constatant que l'Etat pouvait adapter la taxe à la taille des navires.

685. Le test développé par la Cour l'a également amenée à juger, à plusieurs reprises, que des exigences de résidence pour l'inscription des avocats à un barreau violait l'article 4, clause 2 de la Constitution²³⁸³. Dans l'arrêt *Supreme Court of Virginia v. Friedman* de 1988, par exemple, ils ont estimé que le refus de l'Etat de Virginie d'accepter l'inscription à son barreau d'une avocate ne résidant pas de manière permanente sur son territoire n'était pas nécessaire pour atteindre les objectifs allégués par l'Etat. Ce dernier faisait notamment valoir que la mesure avait pour objectif de garantir que les avocats respectaient leurs obligations professionnelles et remplissaient les exigences en matière de connaissance du droit. Les juges ont rejeté l'argument, observant qu'il existait des alternatives moins restrictives et non discriminatoires pour atteindre ces objectifs, telles que l'obligation de suivre des cours²³⁸⁴. Dans l'arrêt *Barnard v. Thorstenn*²³⁸⁵, ils ont également déclaré inconstitutionnelle une réglementation des îles vierges exigeant une résidence préalable sur le territoire insulaire pour s'inscrire à l'examen du barreau. Les autorités locales jugeaient la mesure nécessaire, compte tenu de l'isolement géographique des îles. La Cour a écarté l'argument, indiquant que les îles vierges pouvaient protéger leurs intérêts en exigeant des avocats non résidents de collaborer avec un avocat local, disponible en permanence²³⁸⁶.

686. Dans le domaine des services de santé, la clause a également été interprétée comme interdisant aux Etats de réserver les soins aux résidents. Ainsi, la Cour Suprême a jugé inconstitutionnelle une mesure de l'Etat de Géorgie refusant l'accès aux cliniques d'avortement aux non-résidents. Elle a, en effet, considéré que l'Etat n'avait pas démontré que la mesure était justifiée par des raisons matérielles, telles que les capacités limitées des cliniques²³⁸⁷.

²³⁸³ Pour de plus amples développements à ce sujet, v. 1^{ère} partie, titre 1, section 2, §3, B, 1, B, *supra*.

²³⁸⁴ *Friedman*, 487 U.S. 59, préc.

²³⁸⁵ *Barnard v. Thorstenn*, 489 U.S. 546, préc.

²³⁸⁶ V. p. 554 de l'arrêt.

²³⁸⁷ *Doe v. Balton*, 410 U.S. 179, 200 (1973).

687. Les juridictions fédérales inférieures ont suivi un raisonnement analogue. Par exemple, dans l'affaire *O'reilly v. Board of Appeals for Montgomery County*²³⁸⁸ la Cour d'appel du 4^{ème} circuit a jugé contraire à la *Privileges and Immunities clause* le refus du comté de Montgomery, dans l'Etat du Maryland, d'accorder une licence de taxi à un résident de Virginie au motif que ce dernier n'était pas géographiquement familiarisé avec le secteur. La Cour d'appel a considéré que la discrimination ne se justifiait pas dans la mesure où le comté disposait d'alternatives non discriminatoires pour atteindre son objectif.

688. Si le test apparaît donc relativement souple, dans la mesure où il laisse aux Etats le choix des moyens dès lors que ceux-ci permettent d'atteindre les finalités recherchées, il a, néanmoins, permis de lutter efficacement contre les discriminations injustifiées.

C. Le *balancing test* du 14^{ème} amendement

689. Aux termes de la première section du 14^{ème} amendement, « [...] [a]ucun Etat ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des Etats-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égle protection des lois ». Cette disposition contient trois clauses qui ont, chacune dans une proportion différente, contribué à « construire » le marché intérieur américain, en garantissant certains droits aux citoyens : la *Privileges and Immunities clause*, l'*Equal Protection clause*²³⁸⁹ et la *due process clause*²³⁹⁰.

690. Le test appliqué varie selon la clause invoquée²³⁹¹ et le type de discrimination. Il a également varié au cours de la jurisprudence. Il convient donc d'examiner les tests mis en œuvre dans le cadre de l'*Equal Protection clause* (1) et dans le cadre de la *due process clause* (2). Dans la mesure où la *Privileges and Immunities clause* du 14^{ème} amendement est peu invoquée²³⁹² – la Cour appliquant davantage l'article IV, clause 2 ou l'*Equal Protection*

²³⁸⁸ *O'reilly v. Board of Appeals for Montgomery County*, 942 F.2d 281 (4th cir. 1991).

²³⁸⁹ Sur ces deux premières clauses, v. en particulier, 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, § 3 et chapitre 2, section 2 du même titre, *supra*.

²³⁹⁰ Sur cette clause, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, *supra*.

²³⁹¹ Les clauses sont souvent invoquées simultanément. Dans cette hypothèse, la Cour examine successivement la constitutionnalité de la mesure litigieuse au regard de chaque clause.

²³⁹² V. toutefois *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, préc. ; *Lunding*, 522 U.S. 287, préc. ; *Saenz*, 526 U.S. 489, préc. Ces arrêts ont été évoqués dans la 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, §3, *supra*.

clause du 14^{ème} amendement – et les critères d’analyse relativement analogues à ceux de l’*Equal Protection clause*, nous ne consacrerons pas de développements autonomes à ce sujet²³⁹³.

1. L’*Equal Protection clause*

691. L’*Equal Protection clause* permet au citoyen de contester toute mesure qu’il considère discriminatoire. Aucun critère de différenciation n’est énuméré, de telle sorte que toute différence de traitement peut être invoquée. Toutefois, le test mis en œuvre par la Cour Suprême varie selon la nature de la discrimination alléguée²³⁹⁴.

692. Les différences de traitement fondées sur un critère suspect, tel que la race, la religion, l’origine étatique sont soumises à un *strict scrutiny test*²³⁹⁵. Celui-ci implique l’inconstitutionnalité de la mesure, sauf s’il est démontré qu’elle est « *nécessaire pour protéger un intérêt gouvernemental incontestable* »²³⁹⁶. Dans ce cadre, la Cour examine attentivement les objectifs invoqués par l’Etat ou la collectivité locale et conclut à la violation de l’*Equal Protection clause* dès lors qu’il apparaît que des mesures non fondées sur le critère litigieux permettraient de réaliser ces objectifs. C’est ainsi que la Cour a déclaré inconstitutionnelles plusieurs réglementations imposant des durées de résidence pour l’octroi des prestations sociales²³⁹⁷.

693. Dès lors qu’une différence de traitement n’est pas fondée sur un critère suspect, elle est, en revanche, soumise au *rational relationship test*²³⁹⁸. Aux termes de ce test, la constitutionnalité des mesures étatiques est présumée et la Cour examine seulement que les

²³⁹³ Pour des développements sur cette clause, v. not. J. HARRISON, “Reconstructing the Privileges or Immunities Clause”, *Yale L. J.*, vol. 101, 1992, p. 1385 ; R. EPSTEIN, “Of Citizens and Persons: Reconstructing the Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment”, *N.Y.U. J. L. & Liberty*, vol. 1, 2005, p. 1096.

²³⁹⁴ Sur les différents types de tests appliqués par la Cour Suprême lorsqu’est invoquée l’*equal protection clause*, v. not. l’analyse détaillée du professeur KELSO (R. KELSO, “Standards of Review Under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: the “Base Plus Six” Model and Modern Supreme Court Practice”, *U. Pa. J. Const. L.*, vol. 4, 2002, p. 225). V. également G. NEUMAN, “Equal Protection, “General Equality” and Economic Discrimination from a U.S. Perspective”, *Colum. J. Eur. L.*, vol. 5, 1999, p. 281.

²³⁹⁵ V. en ce sens *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33, préc. ; *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976) ; *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

²³⁹⁶ “[...] unless shown to be necessary to promote a compelling governmental interest” (v. par ex. *Shapiro*, 394 U.S., préc., 634).

²³⁹⁷ V. à ce propos 1^{ère} partie, titre 1, section 2, § 3, B, 2, *supra*.

²³⁹⁸ V. en ce sens *Alexandria Scrap Corp.*, 426 U.S. 794, préc. ; *Northeast Bancor., Inc. v. Board of Governors*, 472 U.S. 159 (1985).

différences de traitement mises en œuvre sont « rationnellement liées à un intérêt étatique légitime ». Il en résulte que, dans le domaine économique, « *ce n'est que la mesure injustement discriminatoire, l'acte entièrement arbitraire qui se révèle contraire au 14^{ème} amendement* »²³⁹⁹. Dans ce cadre, l'existence d'alternatives moins restrictives des droits du citoyen ne constitue pas un critère d'appréciation des mesures²⁴⁰⁰. La Cour a, par exemple, déclaré constitutionnelle une ordonnance de la ville de New-York interdisant la publicité sur certains véhicules²⁴⁰¹ ; une mesure de la Nouvelle-Orléans interdisant la vente ambulante de nourriture dans certains quartiers sauf pour les vendeurs exerçant l'activité depuis plus de huit ans²⁴⁰² ; l'interdiction, sauf dérogation explicite, du commerce le dimanche dans le comté d'Anne Arundel²⁴⁰³ ; une réglementation du Montana subordonnant l'obtention d'une licence de chasse à une taxe supérieure pour les non résidents²⁴⁰⁴.

2. La due process clause

694. Concernant la *due process clause*, qui interdit aux Etats de priver « une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens », plusieurs standards d'analyse ont été employés simultanément ou se sont succédés²⁴⁰⁵.

Au cours de la période « *Lochner* »²⁴⁰⁶, c'est-à-dire entre 1905 et 1934, la Cour a souvent mis en œuvre un test relativement strict, par lequel l'Etat devait démontrer la nécessité de la réglementation au regard de l'objectif poursuivi. Dans l'arrêt *Lochner*, la Cour, appelée à se prononcer sur une réglementation de l'Etat de New-York relative au temps maximal de travail, avait considéré qu'il n'était pas suffisant de prétendre que « *le sujet a trait, dans une certaine mesure, à la protection de la santé [...]. L'acte doit avoir une relation plus directe,*

²³⁹⁹ V. par ex. *Dukes*, 427 U.S., préc., pp. 303-304.

²⁴⁰⁰ *Dukes*, 427 U.S., préc., p. 405.

²⁴⁰¹ *Railway Express Agency*, 336 U.S. 106, préc.

²⁴⁰² *Dukes*, 427 U.S. 297, préc.

²⁴⁰³ *McGowan*, 366 U.S. 420, préc.

²⁴⁰⁴ *Baldwin*, 436 U.S. 371, préc.

²⁴⁰⁵ La jurisprudence relative à la *due process clause* a fait l'objet d'analyses dans la 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 3, section 1, §2 *supra*. Pour de plus amples développements, v. not. O. H. STEPHENS Jr. and J. M. SCHEB II, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 378 et s. ; R. STERN, "The Problem of Yesteryear, Commerce and Due Process", *Vanderbilt L. Rev.*, vol. 4, 1951, p. 446 ; J. D. JACKSON, "Putting Rationality Back Into the Rational Basis Test : Saving Substantive Due Process and Redeeming the Promise of the Ninth Amendment", *U. Rich. L. Rev.*, vol. 45, 2011, p. 491.

²⁴⁰⁶ *Lochner*, 198 U.S. 45, préc.

les moyens étant adaptés aux fins, et les finalités [devant] *elles-mêmes être appropriées et légitimes* »²⁴⁰⁷. Considérant que la réglementation n'était pas nécessaire à la protection de la santé et portait atteinte, de manière disproportionnée, à la liberté contractuelle, la Cour l'a déclarée contraire à la *due process clause*.

Cette approche a conduit les juges à constater l'inconstitutionnalité d'un certain nombre de mesures²⁴⁰⁸. Tel a été le cas d'une réglementation relative au poids du pain, jugée trop restrictive²⁴⁰⁹ ; d'une mesure imposant l'obtention d'une licence pour la vente de pains de glace et subordonnant cette licence à un besoin du marché²⁴¹⁰ ou encore d'une loi interdisant aux sociétés de posséder des pharmacies lorsque l'ensemble des actionnaires n'était pas pharmacien²⁴¹¹.

695. La Cour a, toutefois, au cours de la même période, recouru à un standard beaucoup plus souple. Elle a, en effet, jugé, à diverses reprises, qu'une réglementation étatique ou locale était présumée conforme à la Constitution, sauf si elle apparaissait « *si déraisonnable et extravagante dans sa nature et ses objectifs que les droits des citoyens seraient affectés de manière non nécessaire et arbitraire* »²⁴¹². Le contrôle de proportionnalité a donc été réduit à la portion congrue, la Cour examinant seulement l'existence d'un rapport raisonnable entre l'objectif poursuivi et les moyens mis en oeuvre²⁴¹³.

A partir de l'arrêt *Nebbia* de 1934²⁴¹⁴, la Cour a progressivement abandonné l'approche stricte, estimant que seules les réglementations déraisonnables ou arbitraires ou ne présentant pas de lien avec l'objectif poursuivi étaient contraires à la *due process clause*²⁴¹⁵. Il en a résulté que l'utilisation de la clause pour contester des mesures limitant la liberté économique

²⁴⁰⁷ P. 57 de l'arrêt.

²⁴⁰⁸ Ce sont, en particulier, les réglementations sociales des Etats (réglementations des conditions de travail, etc.) qui ont été affectées par cette approche de la Cour. V. par ex. *Coppage*, 236 U.S. 1, préc. ; *Chas. Wolff Packing Co. v. Court of Ind. Relations*, 262 U.S. 522 (1923).

²⁴⁰⁹ *Jay Burns Baking Co.*, 264 U.S. 504, préc.

²⁴¹⁰ *New State Ice Co.*, 285 U.S. 262, préc.

²⁴¹¹ *Liggett Co.*, 278 U.S. 105, préc. Cette jurisprudence a été officiellement renversée dans l'arrêt *North Dakota State Board of Pharmacy v. Snyder's Drug Stores, Inc.*, 414 U.S. 56 (1973).

²⁴¹² V. not. *Schmidinger*, 226 U.S. 578, préc.

²⁴¹³ V. également *Roschden v. Ward*, 279 U.S. 337 (1929) ; *Packer Corp. v. Utah*, 285 U.S. 105 (1932).

²⁴¹⁴ *Nebbia*, 291 U.S. 502, préc.

²⁴¹⁵ V. p. 530 de l'arrêt. V. également *Pacific States Box*, 296 U.S. 176, préc. ; *Railway Express Agency*, 336 U.S. 106, préc. ; *Breard*, 341 U.S. 622, préc. ; *Lee Optical*, 348 U.S. 483, préc. ; *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963) ; *Brotherhood of Locomotive Firemen*, 393 U.S. 129, préc.

des opérateurs est tombée en désuétude, la Cour écartant sommairement l'argument²⁴¹⁶.

696. Comme pour la clause de commerce, la Cour Suprême a donc employé une pluralité de tests pour apprécier les atteintes au 14^{ème} amendement. Ils impliquent à chaque fois une appréciation des objectifs poursuivis par les Etats mais divergent quant au degré du contrôle de proportionnalité : en l'absence de discriminations fondées sur l'origine, l'analyse de la Cour se réduit, en effet, à constater la potentielle aptitude des mesures à atteindre leurs objectifs.

697. L'analyse de la Cour de justice de l'Union européenne contraste vigoureusement avec ces tests.

§ 2. Dans l'Union européenne : unicité apparente du test, précision des critères

698. Dans l'Union européenne, le contrôle de proportionnalité est d'essence jurisprudentielle²⁴¹⁷ : il ne figure explicitement dans le traité que pour les mesures communautaires²⁴¹⁸, même si la doctrine, s'appuyant sur la jurisprudence²⁴¹⁹, estime que l'interdiction des « discriminations arbitraires » et des « restrictions déguisées » par les articles 36, §2 et 65 TFUE renvoie à l'exigence d'une juste mesure dans l'emploi des exceptions²⁴²⁰.

Si le traité ne précise donc pas le type et le degré de contrôle des mesures nationales restrictives des libertés de circulation, la Cour de justice a progressivement développé un test

²⁴¹⁶ V. par ex. *Exxon Corp.*, 437 U.S. 117, préc. V. à ce propos, 1ère partie, titre 2, chapitre 3, section 1, A, 2, *supra*.

²⁴¹⁷ Sur les origines et les sources du contrôle de proportionnalité, v. P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes... », préc., p. 354 ; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2009, spéc. pp 722-752 ; T.-I. HARBO, « The Function of the Proportionality Principle in EU Law », *ELJ*, n° 2, 2010, p. 158, spéc. p. 158.

²⁴¹⁸ V. article 5 TUE.

²⁴¹⁹ V. par ex. CJCE, *Commission c/ Allemagne*, aff. 178/84, préc., pt 44 ; CJCE, 19 juin 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers et Andibel*, aff. C-219/07, *Rec.* p. I-4475, pt 30. Pour la Cour, le principe de proportionnalité est « à la base de la dernière phrase de l'article 36 du traité ».

²⁴²⁰ V. en ce sens E. STEIN and T. SANDALOW, « On the two systems... », *op. cit.*, p. 28 ; R. KOVAR, « Liberté des échanges, droit de brevet... », préc. pt 62 ; S. WEATHERILL and P. BEAUMONT, *EU Law*, 3rd ed., Penguin, London, 1999, spéc. p. 527 ; C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, *op. cit.*, p. 128.

de proportionnalité, impliquant, en principe, un examen relativement rigoureux des réglementations étatiques. Ainsi, relève-t-elle dans l'arrêt *SpA Marimex* de 1972²⁴²¹ que la perception de droits à l'occasion de contrôles sanitaires n'est pas « *intrinsèquement nécessaire à l'exercice de la compétence prévue à l'article 36 [CEE]* »²⁴²². Appelée à interpréter l'article 48, § 4 CEE²⁴²³ qui permet de faire échec au principe d'égalité de traitement entre les travailleurs, la Cour a indiqué, dans l'arrêt *Sotgiu* de 1974, que « *les dérogations admises [par cet article] ne sauraient recevoir une portée qui dépasserait le but en vue duquel cette clause d'exception a été insérée* »²⁴²⁴.

699. Par ailleurs, certains arrêts témoignent, dans leur formulation, d'un raisonnement très proche de celui de la Cour Suprême dans l'arrêt *Pike*²⁴²⁵, la Cour de justice exprimant le contrôle de proportionnalité en termes de « mise en balance »²⁴²⁶. Ainsi, dans un arrêt de 1982, dans lequel la Commission contestait le régime britannique de licences d'importation pour les volailles, les juges de Luxembourg ont indiqué que la conformité de la mesure au traité était « *fonction de la relation qui existe dans un cas concret entre, d'une part, la gêne occasionnée par les charges administratives et financières que comporte un tel régime et, d'autre part, les dangers et risques pour la santé animale impliqués par les importations en cause* »²⁴²⁷. Encore plus explicitement, la Cour a considéré, dans l'arrêt *Stoke-on-Trent* de 1992, que « *[l]e contrôle de la proportionnalité de la réglementation nationale qui poursuit un but légitime au regard du droit communautaire met en balance l'intérêt national à la réalisation de ce but avec l'intérêt communautaire à la libre circulation des marchandises* »²⁴²⁸.

Cette proximité des langages, si elle est révélatrice d'une méthode d'analyse similaire, ne

²⁴²¹ CJCE, *SpA Marimex*, aff. 29/72, préc.

²⁴²² Pt 5 de l'arrêt.

²⁴²³ Devenu article 45, § 4 TFUE. Sur cet article, v. le chapitre 1, §2, A, 1 β du présent titre, *supra*.

²⁴²⁴ Pt 4 de l'arrêt.

²⁴²⁵ *Pike*, 397 U.S. 137, préc. V. à ce propos le §1, A, 2 de la présente section, *supra*.

²⁴²⁶ Une partie de la doctrine emploie également cette idée de « mise en balance » pour expliquer le contrôle de proportionnalité. V. par ex. U. EVERLING, « Sur la jurisprudence récente de la Cour de justice... », préc., p. 11 ; A MATTERA, « De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck »... », préc., p. 127 ; R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination...*, *op. cit.*, p. 481.

²⁴²⁷ CJCE, *maladie de Newcastle*, aff. 40/82, préc.

²⁴²⁸ CJCE, *Sunday trading*, aff. C-169/91, préc., pt 15. L'expression « mis en balance » a également été employée dans d'autres arrêts. V. par ex. CJCE, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05, préc., pt 105 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec. p. I-13693*, pt 83.

conduit toutefois pas à une analogie totale des contrôles communautaire et américain²⁴²⁹.

700. La doctrine européenne a, plus que la doctrine américaine, cherché à systématiser le contrôle de proportionnalité. Si la Cour de justice emploie des formules récurrentes, certaines nuances apparaissent dans sa jurisprudence. C'est pourquoi, la doctrine, qui s'accorde sur les grands principes du contrôle, exprime diversement les critères du test de proportionnalité²⁴³⁰ : le nombre de critères, de même que leur qualification varient. Pour certains, le test de proportionnalité procède d'un raisonnement en deux étapes²⁴³¹. D'autres identifient trois étapes dans l'analyse²⁴³².

Il est vrai que, si la Cour recourt à des formules de principe, la jurisprudence ne contient pas une règle unique qui s'appliquerait dans tous les cas d'espèce²⁴³³. Sous l'apparence d'une relative unicité, la pratique révèle, pour reprendre les termes du professeur PICOD, une certaine « *hétérogénéité des cadres de conciliation des réglementations nationales et des exigences de libre circulation [...]* »²⁴³⁴.

En outre, la Cour a progressivement étoffé la liste des questions examinées dans le cadre du contrôle de proportionnalité, même si elle n'envisage pas toujours ces questions distinctement dans sa jurisprudence²⁴³⁵.

701. A notre sens, et selon l'approche classique, on peut considérer qu'une entrave est appréciée, au moins implicitement, à l'aune des trois critères cumulatifs suivants : la mesure

²⁴²⁹ V. *infra*.

²⁴³⁰ V. en ce sens F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, *op. cit.*, pp. 391 et s.

²⁴³¹ M. FALLON, « Vers un principe général de liberté de circulation ? », *préc.*, pp. 86-87 ; V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », *préc.*, p. 205 ; D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », *op. cit.*, pp. 66-67.

²⁴³² A MATTERA, « De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck »... », *préc.*, p. 127. V. également les conclusions de l'avocate générale TRSTENJAK sous l'arrêt CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08, *Rec.* p. I-7091.

²⁴³³ En ce sens, v. K. MORTELMANS, « The Functioning of the Internal Market... », *op. cit.*, pp. 649-650.

²⁴³⁴ F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, *op. cit.*, p. 390. Dans le même sens, v. N. REICH, « How proportionate is the proportionality principle ? Some critical remarks on the use and methodology of the proportionality principle in the internal market case law of the ECJ », Paper présenté à la Conférence d'Oslo, *The Reach of Free Movement*, 18-19 mai 2011. Le professeur REICH a montré, dans son intervention, qu'il n'y avait pas un test de proportionnalité mais plusieurs tests, se distinguant les uns des autres par le degré d'exigence de la Cour de justice.

²⁴³⁵ V. C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, *op. cit.*, p. 329.

doit tout d'abord être apte à atteindre l'objectif recherché²⁴³⁶ ; elle doit ensuite être nécessaire à la réalisation de cet objectif ; elle doit enfin être proportionnée²⁴³⁷. Chaque critère correspond, en principe, à un degré de contrôle différent : si le premier implique un examen relativement souple, le dernier, au contraire, conduit les juges à une analyse stricte des choix opérés par le législateur.

L'identification de ces critères ne permet, toutefois, pas d'appréhender clairement les éléments d'analyse de la Cour de justice. Tandis que le critère de l'aptitude est clairement autonome des deux autres critères (A), la distinction entre le critère de la nécessité et celui de la proportionnalité n'est, notamment, pas toujours évidente à saisir en pratique (B).

A. Le contrôle de l'aptitude de la mesure

702. Première étape – non systématique – du contrôle, la Cour de justice vérifie la capacité de la mesure à atteindre l'objectif allégué par l'Etat. Ce critère apparaît, au départ, comme étant le moins intrusif, puisque la Cour ne se préoccupe, en principe, ni « *du contenu précis de la mesure [ni] de son contexte* »²⁴³⁸ mais se contente d'évaluer si la mesure est de nature à protéger l'intérêt invoqué²⁴³⁹. En conséquence, la Cour se borne souvent à observer que le moyen employé par l'Etat est, dans son principe, « propre » ou « apte » à atteindre l'objectif allégué²⁴⁴⁰. Cette partie du contrôle est sans doute celle qui, dans ses termes initiaux, se rapproche le plus du *balancing test* et du *rational-relationship test* appliqués aux Etats-Unis²⁴⁴¹.

703. Toutefois, ce critère s'est affiné ces dernières années, de sorte à devenir, en pratique, beaucoup plus rigoureux qu'il ne semblait l'être initialement. En effet, la Cour a progressivement considéré qu'une mesure ne pouvait être jugée apte à atteindre l'objectif

²⁴³⁶ Ce critère est souvent désigné sous l'expression « exigence d'adéquation » (v. J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, op. cit., p. 901 ; F. MARIATTE et D. RITLENG, *Contentieux de l'Union européenne / I, Annulation, Exception d'illégalité*, D. SIMON (dir.), Paris Lamy Wolters Kluwer, 2011, spéc. p. 214).

²⁴³⁷ V. en ce sens, T.-I. HARBO, "The Function of the Proportionality Principle...", préc. p. 165.

²⁴³⁸ F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, op. cit., p. 403.

²⁴³⁹ V. en ce sens, J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, op. cit., p. 902.

²⁴⁴⁰ V. par ex. en matière de libre prestation de services et de liberté d'établissement : CJCE, *Gräbner*, aff. C-294/00, préc., pt 43.

²⁴⁴¹ V. §1 de la présente section, *supra*.

allégué que si elle poursuivait cet objectif de manière cohérente et systématique²⁴⁴². L'analyse à cet égard s'est étoffée : alors que, traditionnellement, la Cour examinait rapidement l'aptitude des mesures à remplir les objectifs soulevés par les Etats, elle y consacre désormais, dans certaines espèces, de longs développements²⁴⁴³.

704. Si le test de la cohérence est apparu relativement récemment dans la jurisprudence de la Cour de justice²⁴⁴⁴, il a constitué, en pratique, une objection dirimante aux arguments des Etats dans plusieurs affaires²⁴⁴⁵. Il nécessite de démontrer que la mesure est « rationnelle » – opérationnelle pour reprendre le terme du professeur PRIETO²⁴⁴⁶ –, en ce sens, notamment, qu'elle ne souffre pas d'exceptions ou de lacunes susceptibles d'affecter la réalisation des objectifs poursuivis. De même, l'environnement législatif ainsi que la pratique ne doivent pas révéler des contradictions de nature à porter atteinte aux finalités alléguées de la mesure. Ainsi, l'attribution d'un monopole à un organisme pour l'organisation des jeux de hasard peut se justifier par la volonté de limiter les occasions de jeux et de prévenir l'addiction des joueurs. La mesure n'apparaît toutefois pas « apte » à remplir un tel objectif lorsque l'organisme titulaire du monopole se livre à une publicité intensive visant « à encourager la propension naturelle au jeu des consommateurs en stimulant leur participation active à celui-ci [...] »²⁴⁴⁷. Dans cette hypothèse, l'Etat ne peut prétendre limiter de manière « systématique

²⁴⁴² v. par ex. CJCE, 6 novembre 2003, *Piergiorgio Gambelli e.a.*, aff. C-243/01, *Rec.* p. I-13031, pt 67 ; CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. C-338/04, *Rec.* p. I-1891, pt 53 ; CJCE, *Corporacion Dermoestética SA*, aff. C-500/06, *préc.*, pt 39 ; CJCE, *Hartlauer*, aff. C-169/07, *préc.*, pt 55 ; CJCE, *Sjöberg*, aff. jtes C-447 et 448/08, *préc.*, pt 40.

²⁴⁴³ V. par ex. CJUE, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, aff. jtes C-570 et 571/07, *préc.*, pts 94-102 ; CJUE, *Commission c/ France*, aff. C-89/09, *préc.*, pts 54-79.

²⁴⁴⁴ Si le professeur PICOD évoque ce principe dans sa thèse (F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, *op. cit.*, p. 391) et montre ainsi que la Cour l'emploie depuis longtemps, sa systématisation et son emploi pour contrôler strictement l'aptitude de la mesure à atteindre son objectif n'a, selon nous, que quelques années : la formule ne semble réellement employée que depuis l'arrêt *Gambelli*, *préc.*, même si l'on trouve des modes de raisonnement assez proches dans des arrêts antérieurs (v. par ex. CJCE, *Läärä*, aff. C-124/97, *préc.* ; CJCE, *Payroll Data Services*, aff. C-79/01, *préc.*). L'étude de la doctrine confirme d'ailleurs cette analyse puisque le principe y est très rarement évoqué. V. toutefois, G. MATHISEN, "Consistency and Coherence as Conditions for Justifications of Member State Measures Restricting Free Movement", *CML Rev.*, vol. 47, 2010, p. 1021.

²⁴⁴⁵ CJCE, *Corporacion Dermoestética SA*, aff. C-500/06, *préc.* ; CJCE, *Hartlauer*, aff. C-169/07, *préc.* ; CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-153/08, *préc.* ; CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, aff. C-169/08, *Rec.* p. I-10821 ; CJUE, *Attanasio Group Srl*, aff. C-384/08, *préc.* ; CJUE, 8 septembre 2010, *Markus Stoß*, aff. jtes C-316, 358 à 360, 409 et 410/07, *préc.* (en l'espèce, la Cour renvoie l'appréciation sur le fond au juge national mais les indications fournies soulignent clairement la contrariété de la mesure avec le traité) ; CJUE, *Kakavetsos-Fragkopoulos*, aff. C-161/09, *préc.*

²⁴⁴⁶ C. PRIETO, « Entrave et accès au marché », *op. cit.*, p. 93.

²⁴⁴⁷ CJUE, *Markus Stoß*, aff. jtes C-316, 358 à 360, 409 et 410/07, *préc.*, pt 103.

et cohérente » les jeux de hasard.

705. Le critère de la cohérence a profondément transformé la condition d'aptitude : critère souple et peu intrusif au départ, elle est ainsi devenue un critère relativement strict.

Par ailleurs, l'exigence de cohérence s'est révélée, dans certains cas, relativement subjective et paradoxale.

Subjective, d'une part, parce que le résultat du contrôle est dépendant du cadre d'analyse retenu par la Cour de justice²⁴⁴⁸. Ainsi, dans l'arrêt *Corporacion Dermoestética SA c/ To M^e group Advertising Media*²⁴⁴⁹, la Cour a jugé incohérente une interdiction partielle de la publicité concernant les traitements médico-chirurgicaux dans le domaine des soins esthétiques. Elle est parvenue à cette conclusion en constatant que, au regard de la santé publique, il ne pouvait être fait de distinction entre la publicité sur les chaînes de télévision locales et la publicité sur les chaînes de télévision nationales²⁴⁵⁰. Une telle analyse présuppose la similitude des risques au regard de la santé des deux modes de publicité²⁴⁵¹. Or, la Cour aurait éventuellement pu considérer que les deux modes de publicité n'était pas comparable, de sorte que l'interdiction de la publicité sur les seules chaînes nationales pouvait être justifiée²⁴⁵². Il peut donc être difficile de déterminer par avance si une mesure sera jugée cohérente ou non²⁴⁵³.

Paradoxale, d'autre part, dans la mesure où le critère de la cohérence a permis de valider des réglementations très restrictives – par exemple des réglementations prévoyant l'octroi d'un droit exclusif et excluant de fait tous les opérateurs économiques²⁴⁵⁴ – tout en conduisant à

²⁴⁴⁸ V. en ce sens F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, op. cit., p. 407.

²⁴⁴⁹ CJCE, *Corporacion Dermoestética SA*, aff. C-500/06, préc.

²⁴⁵⁰ V. pt 39 de l'arrêt.

²⁴⁵¹ En ce sens, l'examen de la cohérence d'une mesure implique une démarche quelque peu analogue à celle entreprise pour établir l'existence d'une discrimination (v. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 1, section 2, § 1, A, *supra*).

²⁴⁵² Il convient de relever que la Cour ne s'est pas prêtée à une telle analyse notamment parce que l'Italie n'a pas essayé de justifier cette différence de traitement (v. pt 39 de l'arrêt).

²⁴⁵³ D'autres exemples peuvent être fournis à cet égard. Ainsi, dans le domaine des jeux, certains Etats ont mis en place un monopole pour certaines catégories de jeux et ouvert à la concurrence certains marchés (en France, les jeux « en dur » relève d'un monopole, tandis que les jeux sur internet sont ouverts à la concurrence et soumis à un régime d'autorisation). La question se pose de la cohérence de telles réglementations. La Cour de justice a été saisie de la question mais ne l'a pas clairement tranchée (v. *Markus Stoß*, aff. jtes C-316, 358 à 360, 409 et 410/07, préc., pt 96 ; CJUE, 30 juin 2011, *Zeturf Ltd*, aff. C-212/08 (non encore publié au recueil), pts 73-81).

²⁴⁵⁴ V. par ex. CJCE, *Liga Portuguesa*, aff. C-42/07, préc. ; CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd*, aff. C-203/08, *Rec.* p. I-4695. La Cour affirme elle-même qu'il s'agit d'une mesure particulièrement restrictive (v. CJUE, *Zeturf Ltd*, aff. C-212/08, préc., pt 46)).

déclarer contraires au traité, des mesures *a priori* moins restrictives – par exemple, des réglementations subordonnant l'exercice d'une activité à la détention d'une concession et nécessitant de remplir certaines conditions²⁴⁵⁵.

706. Dès lors, le principe de cohérence est à la fois un complément de l'exigence de nécessité et de proportionnalité, mais également une limite à cette exigence. En effet, celle-ci implique, pour les Etats, de choisir la mesure la moins restrictive des libertés de circulation²⁴⁵⁶, mais ce choix doit se faire dans le respect du principe de cohérence afin de garantir l'efficacité de la réglementation.

B. Le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure

707. Dès lors que la mesure est jugée apte à remplir l'objectif allégué, les juges de Luxembourg s'emploient à vérifier que celle-ci est nécessaire et proportionnée à l'objectif recherché.

Cette exigence est parfois renforcée en présence de réglementations considérées comme particulièrement attentatoires aux libertés de circulation, telles les exigences de posséder un établissement stable sur le territoire national pour les prestataires de services. Dans cette hypothèse, la Cour de justice peut requérir la démonstration du caractère « indispensable » de la mesure pour protéger l'intérêt invoqué²⁴⁵⁷. Si cette différence de vocabulaire apparaît volontaire pour marquer la sévérité accrue de la Cour à l'égard de telles mesures, il s'agit néanmoins d'une question de nuance qui ne semble pas se traduire par l'emploi d'un test alternatif pour effectuer le contrôle²⁴⁵⁸.

708. La Cour de justice, comme la doctrine, distingue souvent le contrôle de nécessité de la mesure du contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Toutefois, comme l'a relevé le professeur HATZOPOULOS, « *ce n'est que dans la jurisprudence récente que la nécessité et*

²⁴⁵⁵ V. par ex. CJCE, *Placanica*, aff. C-338/04, préc.

²⁴⁵⁶ V. B du présent §, *infra*.

²⁴⁵⁷ V. par ex. CJCE, *Parodi*, aff. C-222/95, préc., pt 31 ; CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-439/99, préc., pt 30 ; CJCE, *Fidium Finanz*, aff. C-452/04, préc., pt 46.

²⁴⁵⁸ D'autant que la Cour, tout en rappelant que certaines entraves, telles que l'exigence d'un établissement stable, sont la négation même de la liberté litigieuse, emploie parfois la formule classique de condition « nécessaire » (v. par ex. CJCE, *Commission c/ Autriche*, aff. C-257/05, préc. ; CJCE, *Commission c/ Autriche*, aff. C-393/05, préc.).

la proportionnalité apparaissent comme des critères distincts »²⁴⁵⁹. En outre, les rapports entre les deux critères demeurent relativement confus²⁴⁶⁰.

709. Pour la Cour de justice, le respect des principes de nécessité et de proportionnalité implique que « [l]es moyens [que les Etats] choisissent [soient] limités à ce qui est effectivement nécessaire pour assurer la sauvegarde de [l'objectif recherché] » et soient « proportionnés à l'objectif ainsi poursuivi, lequel n'aurait pas pu être atteint par des mesures restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires »²⁴⁶¹. Elle n'explique cependant pas les éléments d'appréciation pris en compte pour chacun des critères. Il est d'autant plus difficile d'opérer une distinction franche, que les deux critères se fondent parfois en un seul. Ainsi, dans plusieurs arrêts, la Cour a indiqué qu'une restriction à la libre circulation « ne peut être valablement justifiée que si elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif légitime poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint »²⁴⁶².

710. Aussi faut-il davantage se référer à la doctrine pour appréhender ce qui relève de chaque critère, même si les positions peuvent diverger d'un auteur à l'autre et que nombre d'entre eux n'opèrent pas de distinction entre les deux critères²⁴⁶³.

Le critère de nécessité implique, concrètement, l'analyse des alternatives potentielles à la mesure litigieuse. En ce sens, le professeur SCHWARZE indique que « le critère de nécessité signifie qu'une mesure n'est licite que lorsqu'il n'existe pas de moyen moins rigoureux pour atteindre le but visé »²⁴⁶⁴. M. MARIATTE et le professeur RITLENG proposent une définition analogue du principe de nécessité, aux termes duquel une mesure « ne doit pas être plus restrictive que ne l'impose l'objectif poursuivi, ce qui serait le cas s'il existait une mesure moins contraignante qui permette également d'atteindre le résultat escompté »²⁴⁶⁵. La

²⁴⁵⁹ V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 205.

²⁴⁶⁰ *Id.*

²⁴⁶¹ V. par ex. CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c/ Danemark*, aff. C-192/01, *Rec.* p. I-9693, pt 45.

²⁴⁶² V. par ex. CJCE, *Gebhard*, aff. C-55/94, préc., pt 37 ; CJUE, 9 décembre 2010, *Humanplasma GmbH*, aff. C-421/09, *Rec.* p. I-12869, pt 34.

²⁴⁶³ Plusieurs auteurs distinguent seulement le critère de l'aptitude de celui de la proportionnalité (v. par ex. D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », *op. cit.*, pp. 66-67 ; V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 205). V. également la note 44 des conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt CJCE, 26 mars 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-326/07, *Rec.* p. I-2291.

²⁴⁶⁴ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 903.

²⁴⁶⁵ F. MARIATTE et D. RITLENG, *Contentieux de l'Union européenne...*, *op. cit.*, p. 214.

jurisprudence confirme cette définition concrète du critère de la nécessité²⁴⁶⁶.

Le critère de proportionnalité *stricto sensu* a trait au niveau de protection retenu par l'Etat : une mesure peut apparaître nécessaire à l'objectif poursuivi mais, compte tenu du degré de l'entrave qu'elle entraîne, la Cour estime que l'Etat doit réévaluer le niveau de protection qu'il entend atteindre. En effet, « *la charge ne [doit pas être] hors de proportion avec le but visé, avec les avantages qu'elle est censée comporter* »²⁴⁶⁷. L'Etat doit donc procéder, pour reprendre les termes du professeur SCHWARZE, « *à une mise en balance de l'utilité d'une mesure pour la collectivité, d'une part, et de la restriction apportée aux droits protégés des ressortissants communautaires d'autre part* »²⁴⁶⁸. Il en résulte qu'« *il doit y avoir une pondération d'intérêts entre la libre circulation [...] et la protection de [l'intérêt poursuivi], même si, pour atteindre le point d'équilibre, le degré élevé de protection recherché doit être réduit* »²⁴⁶⁹. Pour le professeur MORTELMANS, « *la jurisprudence de la Cour relative aux sanctions appropriées doit [se comprendre] dans ce contexte* »²⁴⁷⁰. De même, le contentieux des mesures destinées à protéger les consommateurs illustre bien ce dernier critère : une réglementation interdisant la vente d'un produit est sans doute davantage protectrice des consommateurs qu'une réglementation imposant un simple étiquetage. Toutefois, la Cour considère qu'une interdiction de commercialisation constitue une entrave particulièrement grave et qu'il convient, dans la majorité des cas, de la remplacer par une mesure moins restrictive²⁴⁷¹.

Il doit cependant être relevé que la Cour ne procède pas systématiquement à un tel contrôle²⁴⁷², d'autant qu'il apparaît, dans une certaine mesure en contradiction avec la formule couramment employée par la Cour, aux termes de laquelle « *il appartient aux États membres,*

²⁴⁶⁶ CJCE, *Gouda*, aff. C-288/89, préc., pt 15 ; CJCE, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, préc., pt 75 ; CJUE, 21 juillet 2011, *Commission c/ Portugal*, aff. C-518/09 (non encore publié au recueil), pt 65.

²⁴⁶⁷ F. MARIATTE et D. RITLENG, *Contentieux de l'Union européenne...*, op. cit., p. 215.

²⁴⁶⁸ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, op. cit., p. 904. V. dans le même sens K. MORTELMANS, "The Functioning of the Internal Market...", op. cit., pp. 650-651.

²⁴⁶⁹ Conclusions de l'avocat général SLYNN sous l'arrêt CJCE, *Bouteilles danoises*, aff. 302/86, préc.

²⁴⁷⁰ K. MORTELMANS, "The Functioning of the Internal Market...", op. cit., p. 651. Le professeur MORTELMANS cite à cet égard les arrêts CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, Rec. p. 497 ; CJCE, *Skanavi et Chrysanthakopoulos*, aff. C-193/94, préc. ; CJCE, 23 janvier 1997, *Pastors e.a. c/ Belgische Staat*, aff. C-29/95, Rec. p. I-285.

²⁴⁷¹ V. par ex. CJCE, *Fietje*, aff. 27/80, préc. ; CJCE, *foie gras*, aff. C-184/96, préc. ; CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-12/00, préc.

²⁴⁷² V. à ce propos M. POIARES MADURO, *We the Court...*, op. cit., pp. 54 et s.

dans les limites imposées par le traité, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection [de l'objectif recherché] »²⁴⁷³.

711. Si les explications de la doctrine permettent de saisir ce qui différencie, théoriquement, les deux critères, la distinction est beaucoup moins perceptible dans la pratique²⁴⁷⁴, d'autant que les institutions communautaires – juge comme législateur – ne font pas nécessairement preuve d'une grande rigueur dans leur application²⁴⁷⁵.

712. En raison de ces incertitudes, établir une frontière précise entre les deux critères nous semble peu pertinent. A notre sens, il importe surtout d'identifier les exigences concrètes qu'impliquent, aux termes de la jurisprudence, le contrôle de nécessité et de proportionnalité. Celles-ci sont diverses. Nous en retiendrons deux : l'obligation de prendre en compte les exigences de l'Etat d'origine, d'une part (1) ; l'interdiction d'aller au-delà de ce qui est nécessaire, d'autre part (2).

1. L'obligation de prendre en compte les exigences de l'Etat d'origine

713. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, une mesure étatique ne peut être conforme au principe de proportionnalité que si l'Etat a pris en compte les conditions déjà remplies par l'opérateur économique dans son Etat d'origine. De la sorte, le principe de reconnaissance mutuelle, qui permet, lors de la première étape de l'analyse, d'identifier l'entrave²⁴⁷⁶, réapparaît au second stade de l'analyse²⁴⁷⁷.

714. Ce principe emporte une obligation procédurale pour l'Etat, aisée à saisir, mais qui

²⁴⁷³ V. par ex. CJUE, *Humanplasma GmbH*, aff. C-421/09, préc., pt 32 (en matière de santé publique) ; CJCE, *machines à travailler le bois*, aff. 188/84, préc. ; CJUE, *Sporting Exchange Ltd*, aff. C-203/08, préc. (en matière de jeux).

²⁴⁷⁴ L'exemple des mesures visant à protéger les consommateurs précédemment cité montre bien que, en pratique, les deux critères tendent à se rejoindre : la conclusion qu'un simple étiquetage des marchandises suffit à protéger les consommateurs résulte tant du critère de nécessité – une mesure moins restrictive qu'une interdiction de commercialisation permet d'atteindre l'objectif recherché – que du critère de proportionnalité *stricto sensu* – l'Etat doit accepter de baisser son niveau de protection, une mesure d'interdiction de commercialisation étant disproportionnée au regard des bénéfices attendus.

²⁴⁷⁵ Concernant le législateur communautaire, on peut relever les incohérences de la directive « services » (2006/123, préc.) qui retient deux définitions différentes de la proportionnalité selon que l'on se trouve dans le champ de la liberté d'établissement (v. article 15, § 3) ou dans celui de la libre prestation de services (v. article 16, § 1, c)).

²⁴⁷⁶ La reconnaissance mutuelle étant la règle dans un certain nombre de cas, sa transgression par un Etat conduit en principe la Cour à constater l'existence d'une entrave aux libertés de circulation (v. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, *supra*).

²⁴⁷⁷ Sur le lien entre le principe de proportionnalité et le principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle, v. V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 206.

peut, en pratique, poser un certain nombre de difficultés : celui-ci ne peut opposer aux opérateurs économiques des règles d'accès au marché que ces opérateurs auraient déjà respecté dans leur Etat d'origine. Aussi, doit-il prendre en compte les conditions équivalentes aux siennes exigées par l'Etat d'origine et ne peut-il imposer à un opérateur d'un autre Etat membre de respecter l'intégralité de sa législation avant d'avoir procédé à cet examen. A cette fin, il revient à l'opérateur économique de fournir les pièces démontrant l'équivalence des exigences étatiques²⁴⁷⁸.

715. Cette règle s'est progressivement étendue à l'ensemble des libertés de circulation : d'abord développée en matière de libre circulation des marchandises²⁴⁷⁹, elle a, ensuite, été étendue à la libre prestation de services²⁴⁸⁰ avant de trouver une traduction en matière de libre circulation des travailleurs²⁴⁸¹ et de liberté d'établissement²⁴⁸².

Ainsi, dès lors qu'un Etat exige une autorisation préalable pour l'exercice d'une activité et soumet à certaines conditions l'octroi de cette autorisation, il doit permettre aux opérateurs légalement établis dans un autre Etat membre de faire valoir les conditions déjà remplies dans leur Etat d'origine. Dans ce cadre, la Cour de justice a, par exemple, exclu qu'un Etat puisse exiger le dépôt d'une caution équivalent à celle exigée des entreprises nationales lorsque l'entreprise étrangère a déjà souscrit une telle caution dans son Etat d'origine²⁴⁸³.

Dans le domaine de la libre circulation des marchandises, ce principe interdit, par exemple, de dupliquer les contrôles déjà effectués²⁴⁸⁴.

En matière de libre circulation des travailleurs et de liberté d'établissement, peut être cité l'exemple des diplômes et qualifications professionnelles : une mesure exigeant la possession d'un diplôme national pour l'exercice d'une activité professionnelle et ne prévoyant pas la

²⁴⁷⁸ CJCE, *Persche*, aff. C-318/07, préc.

²⁴⁷⁹ V. par ex. CJCE, *Robertson*, aff. 220/81, préc. ; CJCE, *machines à travailler le bois*, aff. 188/84, préc. ; CJCE, *Commission c/ Portugal*, aff. C-432/03, préc. ; CJCE, *Commission c/ Pologne*, aff. C-170/07, préc.

²⁴⁸⁰ V. par ex. CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-355/98, préc. ; CJCE, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-189/03, préc. ; CJCE, *Commission c/ Autriche*, aff. C-393/05, préc.

²⁴⁸¹ V. par ex. CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec. p. I-10239* ; CJCE, 7 octobre 2004, *Commission c/ France*, aff. C-402/02 (non publié).

²⁴⁸² CJCE, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, préc. ; CJCE, *activités de courtage*, aff. C-101/94, préc. ; CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-114/97, préc. ; CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-355/98, préc. ; CJCE, 13 novembre 2003, *Valentina Neri*, aff. C-153/02, *Rec. p. I-13555* ; CJCE, *Hartlauer*, aff. C-169/07, préc.

²⁴⁸³ CJCE, 7 février 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-279/00, *Rec. p. I-1425* ; CJCE, 26 janvier 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C-514/03, *Rec. p. I-963* ; CJCE, *agents de sécurité*, aff. C-465/05, préc.

²⁴⁸⁴ CJCE, *machines à travailler le bois*, aff. 188/84, préc.

possibilité de faire valoir les qualifications acquises dans d'autres Etats membres constitue une restriction disproportionnée²⁴⁸⁵.

716. Certains domaines sensibles continuent, toutefois, d'échapper à ce principe. Tel est le cas, par exemple, du domaine des jeux, la Cour ayant jugé que « *le seul fait qu'un opérateur [...] propose légalement des services relevant de ce secteur [...] dans un autre Etat membre, où il est établi et où il est en principe déjà soumis à des conditions légales et à des contrôles de la part des autorités compétentes de ce dernier Etat, ne saurait être considéré comme une garantie suffisante de protection des consommateurs nationaux [...]* »²⁴⁸⁶. Dès lors, les Etats ne sauraient être obligés d'ouvrir leur marché et d'accorder des autorisations aux entreprises établies dans d'autres Etats membres, même si ces entreprises sont déjà soumises à des exigences strictes et des contrôles substantiels²⁴⁸⁷.

717. Si le principe présente l'avantage de la prévisibilité, il n'est toutefois pas sans poser de difficultés pratiques. En effet, la Cour l'a développé en partant du postulat qu'il existait une certaine collaboration entre les administrations étatiques, permettant à celles-ci d'échanger des informations²⁴⁸⁸. Or, si des textes ont tenté d'aménager cette coopération, les Etats ont régulièrement fait valoir qu'elle ne fonctionnait pas toujours en pratique. Ainsi, la directive 77/799/CEE organise l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs et des taxes sur les primes d'assurance²⁴⁸⁹. Plusieurs Etats ont mis en doute l'efficacité de cette directive dans certaines hypothèses. La Cour a, néanmoins, toujours rejeté l'argument, estimant que « *l'impossibilité de demander [la] collaboration [des autorités fiscales de certains Etats membres] ne saurait justifier [des restrictions aux libertés fondamentales]* », telles que le refus d'octroyer aux non-résidents des avantages fiscaux²⁴⁹⁰ ou

²⁴⁸⁵ V. par ex. CJCE, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, préc. ; CJCE, *Burbaud*, aff. C-285/01, préc.

²⁴⁸⁶ CJCE, *Liga Portuguesa*, aff. C-42/07, préc., pt 69. V. également CJUE, *Sporting Exchange Ltd*, aff. C-203/08, préc., pt 33.

²⁴⁸⁷ CJUE, 15 septembre 2011, *Dickinger*, aff. C-347/09 (non encore publié au recueil), pt 46.

²⁴⁸⁸ V. par ex. CJCE, *Société Legia*, aff. jtes 87 et 88/85, préc. ; CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-355/98, préc.

²⁴⁸⁹ Directive du Conseil du 19 décembre 1977 concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs et des taxes sur les primes d'assurance (JO L 336 p. 15).

²⁴⁹⁰ CJCE, 28 janvier 1992, *Commission c/ Belgique*, aff. C-300/90, *Rec.* p. I-305 ; CJCE, 11 octobre 2007, *ELISA*, aff. C-451/05, *Rec.* p. I-8251. V. toutefois CJUE, *Schmelz*, aff. C-97/09, préc., pts 61 et s.

l'obligation de recourir à un représentant fiscal établi sur le territoire national²⁴⁹¹.

2. L'interdiction d'aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif recherché

718. Les Etats disposent généralement d'un panel de mesures pour atteindre les objectifs qu'ils poursuivent. Dans ce cadre, « [l]e principe de proportionnalité implique que l'on compare les mesures qui sont susceptibles d'atteindre le résultat envisagé et que l'on retienne celle qui présente le moins d'inconvénients. [...] S'il apparaît qu'une mesure concurrente permet d'atteindre le même but en provoquant moins d'entraves, la mesure litigieuse n'est plus indispensable et doit donc être écartée »²⁴⁹². Les Etats ne peuvent donc recourir à une mesure affectant les libertés de circulation que si « aucune autre mesure moins restrictive [...] n'est susceptible d'atteindre le même objectif »²⁴⁹³. Toutefois, les Etats n'ont pas, en principe, à démontrer « qu'aucune autre mesure imaginable ne permet de réaliser [l']objectif [allégué] dans les mêmes conditions »²⁴⁹⁴.

719. En pratique, il n'est pas toujours aisé de déterminer si une mesure est conforme à cette exigence. D'une part, l'analyse des juridictions dépend, en partie, de l'« inventivité » des parties en présence qui doivent convaincre qu'il existait, ou non, d'autres mesures moins restrictives²⁴⁹⁵. D'autre part, à défaut d'une mise en pratique préalable des alternatives potentielles, l'affirmation qu'une mesure moins restrictive aurait permis d'atteindre tout aussi efficacement l'objectif recherché n'est pas vérifiable *a priori* et dépend de la seule conviction des juges.

Dès lors, le critère présente une imprévisibilité certaine. Ce n'est donc qu'en présence de

²⁴⁹¹ CJCE, 5 juillet 2007, *Commission c/ Belgique*, aff. C-522/04, *Rec.* p. I-5701. La Cour a, toutefois, nuancé son propos dans d'autres domaines de la coopération administrative : v. par ex. CJUE, 19 décembre 2012, *Commission c/ Belgique*, aff. C-577/10 (non encore publié au recueil), pts 50-52 (à propos de la coopération administrative dans le domaine de la lutte contre le travail dissimulé et les recours abusifs à la libre prestation des services).

²⁴⁹² N. DE SADELEER, « L'examen au regard de l'article 28 CE... », préc., p. 249.

²⁴⁹³ CJCE, *Campus Oil*, aff. 72/83, préc., pt 44.

²⁴⁹⁴ CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, préc., pts 65-66 ; CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-518/06, préc., pt 84 ; CJUE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-400/08, préc., pt 75.

²⁴⁹⁵ Cet aspect du contrôle a été souligné par la Cour Suprême des Etats-Unis. Dans l'arrêt *Raymond Motor Transportation Inc.* de 1978, elle cite le professeur DOWLING pour qui les décisions relatives à la clause de commerce dépendent en large partie « de la minutie avec laquelle l'avocat remplit sa tâche dans le cadre du procès. Ici [...] la constitutionnalité dépend des faits, et [l'avocat sait, qu'en la matière,] les Cours sont autorisées à [examiner] les faits » (*Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S., préc., p. 447, n. 25 ; N. T. DOWLING, "Interstate Commerce and State Power", *Va. L. Rev.*, vol. 27, 1940, p. 1, *spéc.* pp. 27-28).

précédents qu'un Etat peut réellement prédire le résultat de ce contrôle dans un cas particulier²⁴⁹⁶.

720. L'étude de la jurisprudence permet, cependant, de dégager certaines orientations²⁴⁹⁷. Tout d'abord, il apparaît que la marge de manœuvre dont les Etats disposent pour choisir une mesure varie selon une pluralité de facteurs. Ensuite, la Cour ne juge une mesure proportionnée qu'à la condition de respecter certaines exigences de fond et de procédures. Enfin, l'examen comparé de la pratique des Etats membres peut jouer un rôle dans l'identification d'alternatives acceptables.

α. Une marge de manœuvre variable, dépendant de l'intérêt en jeu et de la nature de l'entrave

721. L'observation de la jurisprudence nous apprend que la marge de manœuvre dont disposent les Etats pour déterminer la nécessité d'une mesure n'est pas uniforme²⁴⁹⁸. Cette marge de manœuvre dépend à la fois de l'intérêt en jeu et de la nature de l'entrave.

722. La marge de manœuvre des Etats dépend, tout d'abord, de l'intérêt en jeu, c'est-à-dire de l'objectif poursuivi. A cet égard, deux facteurs apparaissent décisifs. D'une part, le degré d'entrave admis dépend de l'importance de l'intérêt en jeu. Apparaît donc une hiérarchie entre les intérêts que les Etats sont en droit d'invoquer. D'autre part, le caractère plus ou moins subjectif de l'intérêt invoqué conduit la Cour à exercer un contrôle plus ou moins strict.

723. L'analyse des arrêts de la Cour montre que tous les objectifs ne sont pas sur un « pied d'égalité », en ce sens, qu'ils ne permettent pas, au regard du contrôle de proportionnalité, de justifier des mesures aux effets restrictifs analogues.

La protection de la santé publique permet ainsi l'adoption de mesures que la protection des consommateurs ne saurait justifier. En effet, selon la Cour, « *la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité [...]* »²⁴⁹⁹. Il en résulte que l'objectif de protection de la santé peut justifier, si le danger est démontré et que

²⁴⁹⁶ Le législateur communautaire a codifié un certain nombre des règles posées par la Cour, de telle sorte que les Etats peuvent plus facilement identifier les exigences interdites car disproportionnées, quel que soit l'objectif invoqué (v. par ex. les articles 14, 16 et 19 de la directive « services » (directive 2006/123/CE, préc.)).

²⁴⁹⁷ Il ne s'agit pas ici d'envisager l'ensemble des critères pertinents et d'examiner de manière exhaustive la jurisprudence, mais seulement de développer certains des facteurs pris en compte par la Cour de justice dans le cadre du contrôle de proportionnalité.

²⁴⁹⁸ V. à ce propos N. REICH, "How proportionate is the proportionality principle ?...", préc. Le professeur REICH distingue quatre catégories de contrôle de proportionnalité selon le degré du contrôle et la marge de manœuvre dont disposent les Etats.

²⁴⁹⁹ V. par ex. CJUE, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, préc., pt 58 ; CJUE, *Commission c/ France*, aff. C-89/09, préc., pt 42.

certaines exigences procédurales sont respectées²⁵⁰⁰, des règles relatives à la composition des produits et l'interdiction de commercialiser les marchandises ne respectant pas ces règles²⁵⁰¹. En revanche, la protection des consommateurs ne permet pas d'imposer une modification du produit, une signalétique adéquate sur le produit étant jugée suffisante²⁵⁰².

724. De même, la lecture des arrêts révèle une approche différente de la Cour de justice selon le caractère plus ou moins « subjectif » de l'intérêt invoqué et selon, pour reprendre les termes du professeur AZOULAI, « *la particularité ou [...] la sensibilité d'une matière dont les enjeux ne relèvent pas uniquement du marché* »²⁵⁰³.

Les risques que comportent certains produits ou certaines activités pour la santé publique, par exemple, peuvent se vérifier objectivement. Ils ne varient pas, en principe, d'un Etat à l'autre. La Cour peut, dès lors, se montrer relativement stricte, quant au degré de preuve exigé, avec les Etats qui interdisent un produit ou une activité pour des raisons de santé publique alors que le produit ou l'activité litigieuse est autorisé dans d'autres Etats de l'Union²⁵⁰⁴.

D'autres intérêts, en revanche, présentent une dimension plus subjective. On observe alors un certain retrait de la Cour de justice qui accepte de plus grandes variations dans les standards retenus par les Etats. Les autorités nationales disposent ainsi d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'il s'agit pour elles d'adopter des mesures liées à la protection de la moralité ou des traditions socio-culturelles²⁵⁰⁵. Dans cette hypothèse, le cadre d'analyse déployé par la Cour de justice a pu, d'une certaine manière, se rapprocher de celui mis en œuvre par la Cour Suprême des Etats-Unis²⁵⁰⁶. Ainsi, la Cour de justice, dans l'arrêt *Schindler*, a-t-elle affirmé que, dans le domaine des jeux, « *les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation suffisant [...]. Dans ces conditions, il leur revient d'apprécier non seulement*

²⁵⁰⁰ V. *infra*.

²⁵⁰¹ V. par ex. CJCE, *Kaasfabriek Eyssen*, aff. 53/80, préc. ; CJCE, *Toolex*, aff. C-473/98, préc.

²⁵⁰² CJCE, *Vinaigre II*, aff. 193/80, préc. ; CJCE, *margarine*, aff. 261/81, préc. ; CJCE, *Nespoli et Crippa*, aff. C-196/89, préc.

²⁵⁰³ L. AZOULAI, « La formule de l'entrave », *op. cit.*, p. 17.

²⁵⁰⁴ CJCE, *Vinaigre II*, aff. 193/80, préc. ; CJCE, *Clinique*, aff. C-315/92, préc. V. également, en matière de protection des consommateurs : CJCE, *Yves Rocher*, aff. C-126/91, préc., pt 18.

²⁵⁰⁵ V. par ex. la jurisprudence concernant le travail le dimanche avant l'arrêt *Keck et Mithouard* (CJCE, *B&Q PLC*, aff. 145/88, préc. ; CJCE, *Conforama*, aff. C-312/89, préc.) ou la jurisprudence relative aux réglementations des jeux de hasard (CJCE, *Sporting Exchange Ltd*, aff. C-203/08, préc., pt 27). Toutefois, un Etat ne saurait tirer prétexte de ses particularités socio-culturelles, et notamment les habitudes de consommation de sa population, pour, en réalité, protéger son marché (v. par ex. CJCE, *Commission c/ Allemagne*, aff. 178/84, préc.).

²⁵⁰⁶ V. *supra*, §1 de la présente section.

*s'il est nécessaire de restreindre les activités des loteries, mais aussi de les interdire, sous réserve que ces restrictions ne soient pas discriminatoire »*²⁵⁰⁷.

La Cour de justice fait également preuve d'une grande prudence lorsqu'une mesure apparaît motivée par la volonté de protéger certains droits de l'homme et libertés fondamentales, tels que la dignité humaine²⁵⁰⁸, le droit à l'action collective²⁵⁰⁹ ou encore la liberté d'expression²⁵¹⁰. Dans ce contexte particulier, la Cour s'est moins inscrite dans la perspective d'une exception au principe de libre circulation que dans celle d'une conciliation entre des valeurs de même rang²⁵¹¹. Ce changement de perspective se reflète dans le langage employé. Ainsi, dans l'arrêt *Laval un Partneri Ltd*, après avoir rappelé que l'Union européenne n'a pas seulement une finalité économique, la Cour a indiqué que « *les droits résultant des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale* »²⁵¹². Aussi la Cour a-t-elle reconnu aux Etats, en la matière, une marge de manœuvre que l'on ne retrouve pas lorsque sont invoquées les « exceptions » aux libertés de circulation²⁵¹³. Pour le professeur AZOULAI, « [l']élévation de certains intérêts à la dignité de valeurs permet à la Cour de faire admettre un relâchement de ses standards de contrôle, tout en justifiant son rôle par la protection des valeurs communes sur lesquelles l'Union et ses Etats membres sont fondés »²⁵¹⁴.

725. La marge de manœuvre dépend, ensuite, du degré de l'entrave. Certaines entraves, jugées particulièrement graves, ne sont autorisées qu'à la condition que l'Etat démontre leur

²⁵⁰⁷ CJCE, *Schindler*, aff. C-275/92, préc., pt 61. Sur les jeux de hasard, aux Etats-Unis, v. par ex. *Northville Downs v. Granholm*, 622 F.3d 579 (6th Cir. 2010).

²⁵⁰⁸ V. CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.* p. I-9609.

²⁵⁰⁹ CJCE, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05, préc. ; CJCE, *Viking Line*, aff. C-438/05, préc.

²⁵¹⁰ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* p. I-5659.

²⁵¹¹ V. en ce sens les conclusions de l'avocat général TRSTENJAK sous l'arrêt CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08, préc., pt 188. Néanmoins, quelques auteurs décèlent, dans certains arrêts de la Cour, un rapport hiérarchique entre libertés de circulation et droits fondamentaux, les seconds étant subordonnés aux premières (v. par ex. C. VIGNEAU, « Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du traité de Rome », *La Semaine juridique – éd. Gen.*, 2008, II 10060, p. 33, *spéc.* pp. 34-35). En réalité, la jurisprudence n'est pas totalement uniforme, la conciliation entre libertés de circulation et droits fondamentaux prenant différentes formes (v. à ce propos A. BAILLEUX, « Entrave et droits fondamentaux », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 225).

²⁵¹² CJCE, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05, préc., pt 105.

²⁵¹³ Pour de plus amples développements à ce sujet, v. not. N. NIC SHUIBHNE, "Margins of appreciation...", préc., p. 230.

²⁵¹⁴ L. AZOULAI, « La formule de l'entrave », *op. cit.*, p. 18.

stricte nécessité au regard d'un intérêt substantiel²⁵¹⁵. Tel est le cas d'une obligation d'établissement sur le territoire national²⁵¹⁶. De même, « *une mesure aussi restrictive qu'un monopole ne saurait se justifier qu'en vue d'assurer un niveau de protection particulièrement élevé en ce qui concerne ces objectifs* »²⁵¹⁷. D'autres entraves, d'importance plus mineure, conduisent à un contrôle moins strict. En matière de libre prestation de services et de liberté d'établissement, peut être citée l'obligation de constituer une caution pour exercer une activité²⁵¹⁸ ou de fournir des documents prouvant l'honorabilité de l'opérateur²⁵¹⁹. On relèvera que la directive « services »²⁵²⁰ fournit, en ce qui concerne la liberté d'établissement, deux listes de mesures : celles qui sont strictement interdites, quel que soit l'objectif poursuivi²⁵²¹ et celles qui peuvent éventuellement être justifiées²⁵²².

En conséquence, plus la restriction est importante, plus l'intérêt à protéger doit être sérieux.

β. Une mesure n'est proportionnée qu'à la condition de respecter certaines exigences procédurales

726. De la jurisprudence se dégage progressivement un ensemble de règles, en particulier d'ordre procédural, qu'il convient d'appliquer pour s'assurer de la conformité de la mesure litigieuse avec le traité et dont la Cour vérifie le respect dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Aussi ne suffit-il pas qu'une mesure apparaisse, sur le fond, nécessaire pour

²⁵¹⁵ La Cour Suprême des Etats-Unis a posé, dans certains arrêts, une règle analogue. V. par ex. *Great Atlantic & Pac. Tea Co.*, 424 U.S., préc., p. 375 : « *seuls des intérêts étatiques d'une importance substantielle peuvent sauver [la mesure] face à son effet dévastateur sur le libre flux du commerce du commerce interétatique* » (à propos d'une mesure n'autorisant l'importation de lait que sous réserve de réciprocité avec l'Etat de production). Pour de plus amples développements sur cet arrêt, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, § 3, *supra*.

²⁵¹⁶ Une telle mesure n'est quasiment jamais jugée nécessaire pour atteindre l'objectif allégué (v. par ex. CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-355/98, préc. ; CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-439/99, préc. ; CJCE, *Servizi Ausiliari Commercialisti*, aff. C-451/03, préc. ; CJUE, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-546/07, préc. ; CJUE, *Commission c/ Portugal*, aff. C-518/09, préc.). Par exception, v. CJCE, 5 octobre 1994, *Van Schaik*, aff. C-55/93, *Rec.* p. I-4837.

²⁵¹⁷ CJUE, *Zeturf Ltd*, aff. C-212/08, préc., pt 46.

²⁵¹⁸ V. par ex. CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-279/00, préc. ; CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-514/03, préc. Cette exigence n'est, toutefois, tolérée qu'à la condition que l'Etat d'accueil ait pris en compte, à cet égard, la législation de l'Etat d'origine (v. 1., *supra*).

²⁵¹⁹ V. not. CJCE, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, préc. Comme dans l'exemple précédent, de telles exigences sont disproportionnées si la législation nationale ne permet pas de prendre en compte les exigences déjà remplies dans l'Etat d'origine (CJCE, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-189/03, préc. ; CJUE, *Commission c/ Portugal*, aff. C-518/09, préc.).

²⁵²⁰ Directive 2006/123, préc.

²⁵²¹ V. article 14 de la directive.

²⁵²² V. article 15 de la directive.

atteindre certains objectifs. Ce développement progressif des règles procédurales est significatif dans les domaines où l'évaluation de la proportionnalité des mesures est techniquement difficile à réaliser. Autrement dit, la difficulté à apprécier sur le fond la proportionnalité se résoud de plus en plus par des critères de nature procédurale.

727. Les affaires relatives à des mesures sanitaires illustrent cette tendance. Lorsqu'un Etat entend, pour des raisons de santé publique, interdire la commercialisation d'une marchandise ou prohiber l'utilisation d'un produit dans la fabrication d'une marchandise, il doit se soumettre à une série de conditions formelles. Il doit, ainsi, démontrer l'existence d'un risque réel pour la santé²⁵²³ en se fondant sur la recherche scientifique récente²⁵²⁴. La réglementation doit, par ailleurs, être assortie d'une procédure permettant aux opérateurs économiques de demander l'autorisation de mise sur le marché²⁵²⁵. Cette procédure « doit être aisément accessible et pouvoir être menée à terme dans des délais raisonnables »²⁵²⁶. Si elle débouche sur une décision négative – qui doit être motivée –, « ce refus doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel »²⁵²⁷. Ces règles sont également valables dans le cas de mesures sanitaires affectant la libre prestation de services ou la liberté d'établissement²⁵²⁸.

728. Des règles analogues de procédure s'imposent dans bien d'autres domaines. Ainsi, un Etat ne peut maintenir des règles relatives aux qualifications professionnelles exigées pour exercer certaines activités s'il ne prévoit pas de voies de recours juridictionnel pour les personnes frappées par une mesure restrictive²⁵²⁹. De même, la directive « services » pose un certain nombre de règles procédurales lorsqu'un Etat soumet à autorisation l'exercice d'une

²⁵²³ V. par ex. CJCE, *Commission c/ Danemark*, aff. C-192/01, préc. ; CJCE, 5 mars 2009, *Commission c/ Espagne*, aff. C-88/07, *Rec.* p. I-1353. Lorsque sont concernées des denrées alimentaires, l'Etat doit, en outre, démontrer que le produit ne répond à aucun besoin technologique ou nutritif réel (v. par ex. CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-95/89, préc., pts 10-11).

²⁵²⁴ V. par ex. CJCE, *Motte*, aff. 247/84, préc., pt 20 ; CJCE, *Commission c/ Danemark*, aff. C-192/01, préc.

²⁵²⁵ CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-95/89, préc., pt 9 ; CJUE, 28 janvier 2010, *Commission c/ France*, aff. C-333/08, *Rec.* p. I-757, pt 81. V. également, CJCE, *Muller*, aff. 304/84, préc., pt 23.

²⁵²⁶ *Id.*

²⁵²⁷ *Id.* Pour une synthèse des exigences procédurales, v. le règlement CE n° 764/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre Etat membre et abrogeant la décision n° 2052/95/CE (JO L 218, p. 21)

²⁵²⁸ V. par ex. CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ France*, aff. C-389/05, *Rec.* p. I-5337.

²⁵²⁹ V. par ex. CJCE, *Engelmann*, aff. C-64/08, préc., pt 55. Ces règles figurent également dans un certain nombre de textes de droit dérivé. V. par ex. l'article 51 de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO L 255, p. 22).

activité économique²⁵³⁰.

γ. L'existence de réglementations moins strictes dans d'autres Etats : un critère réellement indifférent ?

729. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, « [l]a seule circonstance qu'un Etat membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre Etat membre ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des dispositions prises en la matière. Celles-ci doivent seulement être appréciées au regard des objectifs poursuivis par les autorités compétentes de l'Etat membre concerné et du niveau de protection qu'elles entendent assurer »²⁵³¹. Ce principe, constamment affirmé à l'égard des réglementations étatiques des jeux de hasard²⁵³², se retrouve également dans le contentieux relatif à la libre circulation des marchandises²⁵³³, des personnes, des services et à la liberté d'établissement²⁵³⁴.

730. Une partie de la doctrine a, toutefois, suggéré que la comparaison des législations nationales jouait un rôle dans le contrôle de proportionnalité. Ainsi, le professeur POIARES MADURO a, dans sa thèse, développé l'idée d'un phénomène « majoritaire » : la Cour procèderait – souvent implicitement – à un examen des réglementations des Etats membres et établirait, sur cette base, une « moyenne » des niveaux de protection. Dès lors que la réglementation litigieuse apparaîtrait plus stricte que cette moyenne, son invalidation serait fortement probable²⁵³⁵.

Aucun arrêt de la Cour ne mentionne une telle méthode d'analyse. Pourtant, l'idée défendue par le professeur POIARES MADURO est sans doute relativement juste. En effet, la

²⁵³⁰ V. l'article 13 de la directive 2006/123, préc. V. également, sur le fondement du traité, CJUE, 19 juillet 2012, *Garkalns*, aff. C-470/11 (non encore publié au recueil).

²⁵³¹ V. en dernier lieu CJUE, *Dickinger*, aff. C-347/09, préc., pt 46.

²⁵³² CJCE, *Läärä*, aff. C-124/97, préc., pt 36 ; CJCE, *Zenatti*, aff. C-67/98, préc., pt 34 ; CJCE, *Anomar*, aff. C-6/01, préc., pts 76-82 ; CJCE, *Liga Portuguesa*, aff. C-42/07, préc., pt 58 ; CJUE, *Sjöberg*, aff. jtes C-447 et 448/08, préc., pt 38.

²⁵³³ V. par ex. CJCE, *Andibel*, aff. C-219/07, préc. ; CJCE, *Commission c/Allemagne*, aff. C-141/07, préc. ; CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-100/08, préc., pt 95.

²⁵³⁴ CJCE, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, préc., pt 51 ; CJCE, *Mc Quen*, aff. C-108/96, préc., pt 34 ; CJCE, *Gräbner*, aff. C-294/00, préc.

²⁵³⁵ M. POIARES MADURO, *We the Court...*, op. cit., pp. 72 et s.

comparaison entre les législations des Etats membres affleure dans nombre d'arrêts²⁵³⁶, ce qu'ont d'ailleurs relevé la Commission européenne²⁵³⁷ et, parfois avec regret, certains avocats généraux²⁵³⁸. Plus spécifiquement, la Cour a invité, à diverses reprises, les Etats à prendre en compte les réglementations des autres Etats pour apprécier la nécessité de leur propre législation²⁵³⁹. Ainsi, en matière de protection de la santé publique, les Etats doivent prendre en compte les appréciations des autres Etats membres quant au danger et aux besoins que présentent les produits dont ils entendent interdire l'utilisation ou la commercialisation²⁵⁴⁰. Il s'en déduit qu'un Etat peut difficilement alléguer la nécessité d'une mesure d'interdiction d'une marchandise, si de nombreux Etats autorisent la commercialisation de cette marchandise.

731. Par ailleurs, la Cour a parfois fait explicitement référence aux réglementations des autres Etats pour apprécier la proportionnalité des mesures soumises à son appréciation. Dans l'arrêt *GB-INNO-BM*²⁵⁴¹, qui concernait la réglementation luxembourgeoise interdisant la comparaison des prix dans les publicités, la Cour indique, sans en tirer de conclusion immédiate, que « *la Commission donne un aperçu de législations nationales en la matière, pour en déduire que celles-ci ont pour point commun, exception faite des dispositions luxembourgeoises et allemandes, d'autoriser l'indication des deux prix, dès lors que le prix de référence est le prix réellement pratiqué* »²⁵⁴². Dans l'arrêt *Yves Rocher* de 1993, la Cour a, plus directement, conclu au caractère disproportionné de la réglementation allemande

²⁵³⁶ V. par ex. CJCE, *Choquet*, aff. 16/78, préc. ; CJCE, *Vinaigre II*, aff. 193/80, préc. ; CJCE, *maladie de Newcastle*, aff. 40/82 préc. ; CJCE, *Oosthoek*, aff. 286/81, préc. ; CJCE, *machines à travailler le bois*, aff. 188/84, préc. ; CJCE, *Clinique*, aff. C-315/92, préc.

²⁵³⁷ V. par ex. la communication interprétative de la Commission – « Liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances » (JO C 43 du 16.02.2000), p. 18: « [...] *il arrive que la Cour déduise d'une analyse comparée des législations des autres Etats membres que des mesures moins restrictives de nature à assurer la protection [de l'objectif poursuivi] existent* ».

²⁵³⁸ V. par ex. les conclusions de l'avocat général MISCHO sous l'arrêt CJCE, *Mc Quen*, aff. C-108/96, préc. : « *il n'appartient pas à la Cour d'opérer subrepticement une harmonisation des législations nationales [...] sur la base de la simple constatation qu'une majorité d'Etats membres appliquerait une réglementation moins sévère, et que la réglementation [...] ne serait donc pas nécessaire ou qu'elle enfreindrait le principe de proportionnalité* » (pt 61).

²⁵³⁹ Nous avons déjà relevé que le principe de proportionnalité obligeait les Etats à prendre en compte les exigences déjà remplies dans l'Etat d'origine (v. A. du présent §, *supra*). Mais, dans ce cadre, il s'agit seulement d'examiner si les législations sont équivalentes. Ici, la question est différente : même si les législations ne sont pas équivalentes, les pratiques des autres Etats, en ce qu'elles permettent d'atteindre certains objectifs tout en étant moins restrictives, sont susceptibles de remettre en cause la nécessité de la mesure litigieuse.

²⁵⁴⁰ V. par ex. CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-95/89, préc., pt 11.

²⁵⁴¹ CJCE, 7 mars 1990, *GB-INNO-BM*, aff. 362/88, *Rec.* p. 667.

²⁵⁴² Pt 12 de l'arrêt.

interdisant la publicité comparative en matière de prix, en constatant, entre autres, qu'« *un examen comparé des législations des Etats membres montre que l'information et la protection des consommateurs peut être assurées par des mesures qui ont des effets moins restrictifs sur les échanges* »²⁵⁴³. On relèvera que, si la Cour de justice ne s'étend pas dans ses arrêts sur la comparaison des législations nationales, elle se fonde sur les éléments que lui fournissent la Commission²⁵⁴⁴ et les avocats généraux²⁵⁴⁵ qui, pour leur part, développent davantage l'analyse des différentes réglementations étatiques²⁵⁴⁶.

732. L'analyse de la jurisprudence montre donc que l'existence de réglementations moins restrictives dans certains Etats constitue un critère partiel pour apprécier la nécessité de la mesure litigieuse. Deux facteurs nous semblent entrer en jeu dans la décision de la Cour de se référer à la pratique des autres Etats : d'une part, l'objectif poursuivi par la réglementation ; d'autre part, la relative uniformité des législations nationales ou, au contraire, leur forte diversité.

733. Nous avons déjà indiqué que la marge de manœuvre des Etats dépendait, notamment, du caractère subjectif ou objectif du but poursuivi²⁵⁴⁷. A l'égard des buts « objectifs », tels que la protection de la santé publique, l'existence de mesures moins restrictives dans certains Etats est un critère particulièrement pertinent, dans la mesure où il tend à démontrer l'absence de danger ou l'existence d'un danger relatif. Ainsi, observant – parmi d'autres éléments – que la France était quasiment le seul Etat à prévoir un régime d'autorisation préalable à l'égard de l'utilisation des auxiliaires technologiques dans la préparation des denrées alimentaires, la Cour a conclu que la nécessité de la mesure n'était pas démontrée²⁵⁴⁸.

En revanche, à l'égard des buts « subjectifs », tels que la protection de la moralité, de la

²⁵⁴³ CJCE, *Yves Rocher*, aff. C-126/91, préc., pt 18.

²⁵⁴⁴ V. par ex. la décision de la Commission du 3 mai 2006 concernant un projet de dispositions nationales notifié par le Royaume des Pays-Bas au titre de l'article 95, § 5, du traité CE et fixant des limites d'émission de particules par des véhicules à moteur diesel (JO L 142 du 30.5.2006, p. 16).

²⁵⁴⁵ V. par ex. les conclusions de l'avocat général MAYRAS sous l'arrêt CJCE, *Thieffry*, aff. 71/76, préc. ; de l'avocat général WARNER sous l'arrêt CJCE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec.* p. 1999 ; de l'avocat général DARMON sous l'arrêt CJCE, *Yves Rocher*, aff. C-126/91, préc.

²⁵⁴⁶ En ce sens, v. P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes... », préc., p. 346 et K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », in F. R. VAN DER MENSBRUGGHE (éd.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses Universitaires de Namur, 2003, p. 111, *spéc.* p. 116.

²⁵⁴⁷ V. *supra*, a.

²⁵⁴⁸ CJUE, *Commission c/ France*, aff. C-333/08, préc. V. également CJUE, *Humanplasma GmbH*, aff. C-421/09, préc. (à propos de l'interdiction autrichienne d'importer des produits sanguins provenant de dons non entièrement gratuits).

culture, des habitudes sociales, la pratique des autres Etats constitue un critère indifférent. C'est pourquoi, à notre sens, la Cour de justice a systématiquement refusé de prendre en compte la pratique des différents Etats lorsqu'il s'est agi d'apprécier des réglementations relatives aux jeux de hasard²⁵⁴⁹. Un raisonnement similaire a présidé dans les affaires relatives à l'interdiction d'ouverture des magasins le dimanche dans certains Etats. La Cour a constaté que « [d]e telles réglementations constitu[aient] [...] l'expression de certains choix politiques et économiques en ce qu'elles visent à assurer une répartition des heures de travail et de repos adaptée aux particularités socioculturelles nationales ou régionales »²⁵⁵⁰. Dès lors, le fait que des Etats autorisent une telle ouverture ne peut constituer un facteur pertinent dans l'analyse de la proportionnalité des réglementations étatiques.

734. L'uniformité ou la diversité des législations étatiques constitue un second facteur.

La circonstance que de nombreux Etats ont adopté une réglementation similaire et moins stricte que celle de l'Etat « poursuivi » met en doute la nécessité de la mesure. Dans l'affaire *CaixaBank*²⁵⁵¹, dans lequel la Cour a déclaré contraire à la liberté d'établissement l'interdiction française de rémunérer les comptes de dépôt à vue, les juges ne se sont référés à aucun moment à la pratique des autres Etats membres pour conclure au caractère disproportionné de la mesure au regard de la protection des consommateurs. Toutefois, il n'est pas exclu que ce facteur ait fortement influencé la décision : en effet, seuls deux Etats membres – la France et la Grèce – interdisaient, au moment de l'arrêt, la rémunération des comptes de dépôt²⁵⁵². Dans d'autres arrêts, la Cour a été davantage explicite. Ainsi, dans l'arrêt *Commission c/ France* de 2010 relatif aux auxiliaires technologiques, la Cour a observé que « l'absence de régime d'autorisation préalable à l'égard de l'utilisation des [auxiliaires technologiques] dans la préparation des denrées alimentaires dans tous ou presque tous les autres Etats membres peut être pertinente lors de l'appréciation de la justification objective avancée à l'égard de la réglementation française et, notamment, à l'égard de l'appréciation de la proportionnalité de celle-ci »²⁵⁵³.

Au contraire, face à une importante diversité des choix nationaux, il ne semble pas possible de

²⁵⁴⁹ V. *supra*.

²⁵⁵⁰ CJCE, *B&Q PLC*, aff. 145/88, préc., pt 14.

²⁵⁵¹ CJCE, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, préc.

²⁵⁵² L. IDOT, « Fin de l'interdiction française de la rémunération des comptes à vue », Note sous l'arrêt *CaixaBank France, Europe*, n° 12, 2004, comm. 402, p. 16.

²⁵⁵³ CJUE, *Commission c/ France*, aff. C-333/08, préc., pt 105.

tirer de conclusions, quant à la proportionnalité d'une mesure, de l'existence de réglementations moins strictes dans certains Etats. Ainsi, dans l'arrêt *Dickinger*²⁵⁵⁴, la Cour de justice a refusé de prendre en compte les contrôles effectués à Malte à l'égard des opérateurs de jeux²⁵⁵⁵, en raison, notamment, « *des divergences significatives entre les objectifs poursuivis ainsi que les niveaux de protection recherchés par les réglementations des différents Etats membres* »²⁵⁵⁶.

735. La pratique des autres Etats constituent donc bien un facteur, sans doute sous-évalué, d'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des mesures. Certes, « *la méthode comparative n'affleure que très rarement dans le texte même de l'arrêt* »²⁵⁵⁷, mais comme l'indique le professeur LENAERTS, la « *phénoménologie* » du droit comparé recèle [...] dans les travaux de la Cour et du Tribunal, une multitude d'expressions, plus ou moins tangibles, qui autorisent à conclure que les rares références au droit comparé dans la jurisprudence communautaire constituent « *la pointe visible de l'iceberg* »²⁵⁵⁸.

736. Il en résulte que les Etats ne sauraient faire abstraction des normes appliquées dans les autres Etats membres. A cet égard, le Conseil d'Etat français a souligné la nécessité de « *développer des réflexes européens* », ce qui implique, selon lui, de prendre « *systématiquement la mesure, à l'occasion de toute réforme nationale, du droit communautaire applicable en la matière traitée, ainsi que des normes applicables dans les principaux Etats membres* »²⁵⁵⁹.

737. L'examen de la jurisprudence de la Cour de justice révèle donc que, sous l'apparence d'une systématisation des critères et d'une grande rigueur dans l'analyse, le contrôle de proportionnalité connaît des variations importantes, notamment en ce qui concerne le degré de

²⁵⁵⁴ CJUE, *Dickinger*, aff. C-347/09, préc.

²⁵⁵⁵ En l'espèce était contestée la réglementation autrichienne octroyant des concessions uniques pour l'organisation de loteries et de jeux de casinos. Les sociétés poursuivies pour avoir enfreint cette réglementation disposaient de licences maltaises. Le secteur des jeux est, en effet, ouvert à la concurrence à Malte mais soumis à des mécanismes de contrôle (v. pts 91-94 de l'arrêt).

²⁵⁵⁶ Pt 96 de l'arrêt.

²⁵⁵⁷ K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 115.

²⁵⁵⁸ *Id.* V. également P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes... », préc., p. 358.

²⁵⁵⁹ Conseil d'Etat, Rapport public 2007, jurisprudence et avis de 2006. *L'Administration française et l'Union européenne : quelles influences ? Quelles stratégies ?*, spéc. p. 348

contrôle exercé par la Cour²⁵⁶⁰. La nature même du contrôle de proportionnalité explique ces variations : celui-ci implique, en effet, la prise en compte de nombreux facteurs. Aussi, pour reprendre les termes du professeur HATZOPOULOS, « *l'ensemble de la démarche de la Cour [de justice de l'Union européenne] [...] ne peut pas être présentée comme l'application d'un système unique, mais comme un ensemble de réponses à des situations concrètes proches mais distinctes* »²⁵⁶¹.

La doctrine américaine a abouti au même constat concernant la jurisprudence de la Cour Suprême. Ainsi, selon le professeur TRIBE, l'approche de la Cour apparaît davantage comme une réaction *ad hoc* à chaque cas d'espèce que l'application rigoureuse de principes constants²⁵⁶².

738. Aussi, l'énumération des critères du contrôle de proportionnalité ne présente, en soi, qu'un intérêt relatif pour appréhender les solutions retenues par les juridictions. C'est donc davantage aux résultats des contrôles qu'il faut s'intéresser. A mesure que les juridictions rendent des arrêts, se forge une jurisprudence qui permet aux Etats de déterminer ce qu'ils peuvent encore entreprendre. La comparaison, à ce stade, des jurisprudences américaine et communautaire révèle les divergences importantes entre les approches des juges.

Section 2 – Une formule similaire, des résultats contrastés

739. Le contrôle de proportionnalité constitue l'instrument par lequel les juridictions américaine et communautaire trouvent le point d'équilibre entre l'exercice légitime de leurs compétences par les Etats et la nécessité de garantir les libertés de circulation. En ce sens, les méthodes, comme leurs objectifs, convergent. Il n'est guère étonnant, dans ce cadre, que les juges aient été confrontés à des problématiques et des cas d'espèce similaires et soient parvenus, dans certains cas, à des conclusions identiques (§1).

Nous avons toutefois indiqué, à de nombreuses reprises, que le point d'équilibre n'était pas le même, le juge communautaire étant plus exigeant que le juge américain à l'égard des Etats. Il

²⁵⁶⁰ V. à ce propos N. REICH, "How proportionate is the proportionality principle ?", préc.

²⁵⁶¹ V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses... », préc., p. 227.

²⁵⁶² L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 1102. V. dans le même sens, E. M. MALTZ, "How Much Regulation is Too Much – An Examination of Commerce Clause Jurisprudence", *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 50, 1981, p. 47.

conviendra donc de s'interroger sur les facteurs expliquant cette divergence (§2).

§ 1. Une volonté commune de conciliation

740. La Cour de justice de l'Union européenne, comme la Cour Suprême ont, par leur jurisprudence, cherché à concilier les exigences du marché unique avec l'intérêt des Etats à poursuivre certains objectifs légitimes. Les deux juridictions ont, comme nous l'avons vu, reconnu très largement ces objectifs, refusant rarement d'envisager les motifs invoqués par les Etats²⁵⁶³. Parmi ces motifs, plusieurs ont été, très régulièrement, employés par les Etats pour justifier les entraves aux libertés de circulation qui leur étaient reprochées. Notamment, les Etats de la fédération américaine et les Etats de l'Union européenne ont adopté des réglementations parfois similaires afin de protéger la santé publique (A) ou l'environnement (B). Il en a résulté un contentieux comparable aux Etats-Unis et dans l'Union européenne. Ces deux exceptions aux libertés de circulation permettent donc d'envisager très concrètement les approches respectives du juge américain et du juge communautaire et de dégager les points de convergence et de divergence entre ces approches.

A. Liberté du commerce interétatique et protection de la santé publique

741. Aux Etats-Unis comme dans l'Union européenne, l'objectif de protection de la santé constitue l'un des motifs le plus souvent invoqués pour justifier une mesure restrictive des libertés de circulation. Cet intérêt conduit, en particulier, les Etats à contrôler, voire interdire la commercialisation de certaines marchandises. Il peut également affecter la libre circulation des personnes et des services.

La Cour de justice de l'Union européenne comme la Cour Suprême reconnaissent la compétence des Etats membres en la matière et acceptent, dans une certaine mesure, qu'ils limitent sur ce fondement les libertés de circulation.

742. Dans l'Union européenne, la protection de la santé figure parmi les exceptions énumérées respectivement aux articles 36, 45§3, 52§1 et 62 du TFUE. Il s'agit donc là, avec l'ordre public et la sécurité publique, d'un intérêt majeur puisque, si l'article 36 TFUE permet

²⁵⁶³ V. le chapitre 1 du présent titre, *supra*.

d'autres exceptions, les articles relatifs à la libre circulation des personnes et des services et à la liberté d'établissement se limitent à ces trois justifications. La Cour de justice lui accorde, en outre, un rang privilégié, affirmant de manière constante que, « *parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 36, la santé et la vie des personnes occupent le premier rang* »²⁵⁶⁴. Cette valeur accordée à la protection de la santé s'est accompagnée, officiellement, de la reconnaissance d'une large marge de manœuvre aux Etats : selon la formule consacrée, « *il appartient aux Etats membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint* »²⁵⁶⁵. Cette marge de manœuvre est renforcée en présence d'incertitudes scientifiques. La Cour reconnaît, en effet, un principe de précaution, aux termes duquel, « *lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à l'importance de risques pour la santé des personnes, l'Etat membre [doit pouvoir] prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité de ces risques soit pleinement démontrée. En outre, l'Etat membre peut prendre les mesures qui réduisent, autant que possible, un risque pour la santé publique* »²⁵⁶⁶.

L'intérêt des Etats membres à protéger la santé a, en outre, été consacré en tant qu'exigence impérative d'intérêt général dans l'arrêt *Cassis de Dijon*²⁵⁶⁷, même si, dans l'arrêt *Aragonesa de Publicidad* de 1991²⁵⁶⁸, la Cour de justice a jugé « *inutile de rechercher si la protection de la santé publique [pouvait] également présenter le caractère d'une exigence impérative* » dans la mesure où elle était « *expressément mentionnée parmi les motifs d'intérêt général énumérés à l'article 36* »²⁵⁶⁹.

743. Aux Etats-Unis, la protection de la santé a toujours été considérée comme relevant du pouvoir de police des Etats. Ainsi, dès 1847, la Cour Suprême affirmait que les Etats pouvaient adopter toutes les lois qu'ils souhaitaient pour garantir la sécurité, la santé et le

²⁵⁶⁴ CJCE, *De Peijper*, aff. 104/75, préc. Ce principe a été réaffirmé à de nombreuses reprises. V. par ex. CJCE, 10 novembre 1994, *Ortscheit c/ Eurim-Pharm*, aff. C-320/93, *Rec.* p. I-5243, pt 16 ; CJCE, 0800 *DocMorris*, aff. C-322/01, préc., pt 103 ; CJUE, *Commission c/ France*, aff. C-89/09, préc., pt 42.

²⁵⁶⁵ V. par ex. CJUE, *Commission c/ France*, aff. C-89/09, préc., pt 42.

²⁵⁶⁶ CJCE, 19 mai 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-531/06, *Rec.* p. I-4103, pt 54 ; CJUE, *Commission c/ France*, aff. C-89/09, préc., pt 55.

²⁵⁶⁷ CJCE, *Cassis de Dijon*, 120/78, préc.

²⁵⁶⁸ CJCE, 25 juillet 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia c/ Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña*, aff. jtes C-1 et 176/90, *Rec.* p. I-4151.

²⁵⁶⁹ Pt 13 de l'arrêt.

moral de leurs populations²⁵⁷⁰. Le principe a été constamment rappelé depuis²⁵⁷¹. Ainsi dans l'arrêt *Dean Milk Co. v. City of Madison* de 1951²⁵⁷², la Cour a réaffirmé « *le pouvoir incontestable [des Etats] de protéger la santé et la sécurité des habitants* »²⁵⁷³. Une telle compétence s'est logiquement étendue à la protection de la santé et de la vie des animaux²⁵⁷⁴. Par ailleurs, sans consacrer, au même titre que la Cour de justice de l'Union européenne, un principe de précaution, la Cour Suprême a indiqué, dans certains arrêts, que les Etats pouvaient agir et restreindre les échanges interétatiques, alors même que le risque pour la santé publique ou pour l'environnement n'apparaissait pas certain²⁵⁷⁵.

744. Si la protection de la santé constitue donc, dans la jurisprudence des deux juridictions, l'archétype de la compétence étatique susceptible de neutraliser les libertés de circulation (1), l'analyse des décisions sur le fond montre un décalage assez important entre les approches des juges américains et communautaires (2).

1. La protection de la santé : un intérêt susceptible de neutraliser les libertés de circulation

745. Les mesures prises par les Etats au titre de la protection de la santé sont très diverses et la Cour Suprême des Etats-Unis comme la Cour de justice de l'Union européenne ont été amenées à apprécier des réglementations analogues, affectant les libertés de circulation.

746. Parmi ces mesures, peuvent notamment être citées les interdictions d'importation de certains animaux justifiées par la volonté de protéger la faune locale ou de préserver le bien-être des animaux.

Dans l'arrêt *Maine v. Taylor* de 1986²⁵⁷⁶, la Cour Suprême a ainsi déclaré conforme à la clause de commerce l'interdiction du Maine d'importer, sur son territoire, certaines espèces de poissons, en raison des risques de propagation d'un parasite. Bien que la mesure ait été jugée discriminatoire, l'opinion majoritaire a considéré qu'elle poursuivait un objectif légitime qui

²⁵⁷⁰ *Licences Cases*, 46 U.S. (5 How.) 504, 517 (1847).

²⁵⁷¹ V. par ex. *Slaughter-House Cases*, 83 U.S., préc., p. 62 ; *H.P. Hood & Sons*, 336 U.S., préc., pp. 531-532 ; *Metropolitan Life Ins. Co. v. Massachusetts*, 471 U.S. 724, 756 (1985) ; *United Haulers Assn*, 550 U.S., préc., p. 342.

²⁵⁷² 340 U.S. 349, préc.

²⁵⁷³ P. 354 de l'arrêt.

²⁵⁷⁴ *Asbell v. Kansas*, 209 U.S. 251, 256 (1908) ; *Taylor*, 477 U.S. 131, préc.

²⁵⁷⁵ *Taylor*, 477 U.S., préc., p. 148. V. à ce propos, section 1, §1, A, 1 du présent chapitre, *supra*.

²⁵⁷⁶ *Taylor*, 477 U.S. 131, préc.

ne pouvait être atteint par un moyen indistinctement applicable²⁵⁷⁷.

Dans l'Union européenne, la Cour de justice a également pu, dans certaines espèces, considéré qu'une interdiction d'importation était le seul moyen de protéger certains animaux. Tel a été le cas dans l'arrêt *Bluhme* de 1998²⁵⁷⁸, dans lequel elle a jugé conforme au traité la réglementation danoise interdisant de détenir sur l'île de Læsø des abeilles brunes n'appartenant pas à l'espèce des abeilles brunes de Læsø. Cette réglementation avait pour effet d'interdire l'importation de toute espèce d'abeille. La Cour ne s'est pas prononcée sur la nature discriminatoire ou indistinctement applicable de la mesure. Elle a seulement observé que la mesure était, en l'espèce, nécessaire à la protection de la vie des animaux²⁵⁷⁹.

Force est, néanmoins, de constater le caractère relativement isolé de cette jurisprudence. Dans plusieurs autres arrêts, la Cour de justice a considéré que les Etats en cause n'avaient pas démontré que des mesures moins restrictives à l'interdiction d'importation n'étaient pas aptes à protéger la faune locale. Ainsi, dans un arrêt du 13 juillet 1994, la Cour a jugé contraire à la libre circulation des marchandises la législation allemande interdisant, à des fins commerciales, l'importation d'écrevisses d'eau douce, justifiée, selon les autorités nationales, par les risques de propagation d'une maladie²⁵⁸⁰. Pour la Cour de justice, des mesures moins restrictives, telles que des contrôles sanitaires, permettaient de protéger les espèces indigènes²⁵⁸¹. Un régime d'autorisation préalable pour l'ensemencement, dans les eaux côtières néerlandaises, des huîtres et des moules provenant légalement d'autres Etats membres a également été jugé contraire au traité. La Cour a considéré que les Pays-Bas n'avaient pas démontré le risque particulier pour les espèces autochtones, d'autant que la réglementation prévoyait des exemptions discriminatoires et non cohérentes²⁵⁸². Enfin, dans un arrêt du 10 septembre 2009, la Cour a jugé disproportionnée l'interdiction faite aux marchands d'oiseaux en Belgique de détenir et de proposer à la vente certaines espèces d'oiseaux dans la mesure où

²⁵⁷⁷ V. p. 151 de l'arrêt. Pour de plus amples développements sur le test employé et les motifs du jugement, v. section 1, § 1, A, 1. du présent chapitre, *supra*.

²⁵⁷⁸ CJCE, 3 décembre 1998, *Bluhme*, aff. C-67/97, *Rec.* p. I-8033.

²⁵⁷⁹ Le risque de propagation d'un organisme nuisible peut également justifier des restrictions à l'importation de végétaux. V. par ex. CJCE, *Rewe-Zentralfinanz*, aff. 4/75, *préc.*, pt 8.

²⁵⁸⁰ CJCE, *Ecrevisses d'eau douce*, aff. C-131/93, *préc.* Dans le même sens et à propos de l'interdiction d'importer en Irlande du Nord des produits de volaille, v. CJCE, *Maladie de Newcastle II*, aff. 40/82, *préc.*

²⁵⁸¹ V. pt 25 de l'arrêt.

²⁵⁸² CJCE, 4 décembre 2008, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-249/07, *Rec.* p. I-174* (Pub. somm.).

la réglementation ne prévoyait aucune dérogation²⁵⁸³.

747. Au titre des mesures justifiées, selon les Etats, par la protection de la santé publique, figurent également des réglementations imposant de réaliser certaines opérations localement, afin de permettre, notamment, un contrôle par les autorités autochtones. De telles mesures ont, généralement, été jugées non nécessaires par les juridictions communautaire et américaine. Par exemple, la Cour de justice a, tout comme la Cour Suprême, considéré qu'un Etat ne pouvait, pour des motifs de santé publique, imposer aux producteurs de lait de traiter ou d'embouteiller leur lait à l'intérieur des frontières de celui-ci. Saisie en 1983 d'une loi britannique exigeant, d'une part, une licence d'importation pour le lait et la crème et, d'autre part, que le lait soit conditionné au Royaume-Uni, les juges communautaires sont parvenus à la même conclusion que leurs homologues américains : l'obligation imposée par l'Etat était disproportionnée par rapport à l'objectif de protection de la santé humaine²⁵⁸⁴. Des mesures moins restrictives existaient en effet, telles que des exigences en matière de qualité du lait, des méthodes de traitement et d'embouteillage. La Cour Suprême avait, pour sa part, dans l'arrêt *Dean Milk Co.* de 1951²⁵⁸⁵ – dans lequel était appréciée l'interdiction, édictée par la ville de Madison, de vente de lait sur le territoire municipal lorsque celui n'avait pas été pasteurisé dans une usine agréée se situant à moins de 5 miles de la cité – considéré que la mise en place d'un système d'inspection constituait une alternative appropriée et moins restrictive.

748. On peut également constater des affaires analogues en matière de libre prestation de services et de liberté d'établissement. Ainsi, les deux juridictions ont jugé conformes aux dispositions « constitutionnelles » des réglementations réservant, pour des raisons de santé publique, aux pharmaciens le droit d'exploiter une pharmacie²⁵⁸⁶. En revanche, les limitations discriminatoires à l'implantation de nouvelles pharmacies sur le territoire d'un Etat ont été déclarées « inconstitutionnelles », le motif de santé publique ne justifiant pas la discrimination²⁵⁸⁷.

²⁵⁸³ CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-100/08, préc.

²⁵⁸⁴ CJCE, 8 février 1983, *Commission c. Royaume-Uni* (« lait UHT »), aff. 124/81, *Rec.* p. 203.

²⁵⁸⁵ *Dean Milk Co.*, 340 U.S. 349, préc.

²⁵⁸⁶ *Snyder's Drug Stores*, 414 U.S. 56, préc. (arrêt rendu sur le fondement de la *due process clause*. A ce propos, v. section 1, §1, C, 2, *supra*) ; CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-531/06, préc. On relèvera, cependant, que la méthode employée pour parvenir à cette solution n'est pas la même : tandis que la Cour de justice opère un contrôle de proportionnalité, la Cour Suprême constate seulement que la question relève de l'appréciation du législateur étatique.

²⁵⁸⁷ *Walgreen Co.*, 405 F.3d 50, préc. (arrêt rendu sur le fondement de la clause de commerce) ; CJUE, 1^{er} juin 2010, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, aff. jtes C-570 et 571/07, préc.

2. Un contrôle de proportionnalité relativement divergent

749. Si certaines affaires ont donné lieu à des décisions analogues aux Etats-Unis et dans l'Union européenne, la comparaison des jurisprudences révèle un écart sensible entre l'analyse du juge communautaire et celle du juge américain. Tandis que la Cour de justice de l'Union européenne a développé une série de critères très précis pour évaluer les réglementations étatiques en matière de santé publique²⁵⁸⁸, la Cour Suprême a toujours procédé à un contrôle relativement lapidaire des mesures soumises à son contrôle.

750. Nous avons pu observer que le degré de contrôle de la Cour Suprême dépendait essentiellement de la nature de la mesure. Les réglementations sanitaires n'échappent pas à cette règle : les mesures discriminatoires sont *per se* interdites ou sont soumises à un contrôle strict de proportionnalité ; les mesures indistinctement applicables sont *per se* conformes à la Constitution ou soumises à un contrôle très souple de proportionnalité²⁵⁸⁹. Dans les deux cas, toutefois, les développements consacrés à la mise en balance des avantages et inconvénients de la mesure litigieuse sont très succincts, la Cour se concentrant sur la qualification de la mesure.

La Cour Suprême a ainsi considéré qu'une interdiction absolue d'importation de bétail dans le Missouri durant certaines périodes de l'année ne pouvait être conforme à la clause de commerce que s'il était démontré que la mesure constituait une « nécessité vitale », ce qui n'était pas, selon elle, le cas en l'espèce²⁵⁹⁰. Elle a déclaré contraire à la Constitution une taxe sur l'alcool, visant, selon le Michigan, à protéger la santé, en raison du caractère discriminatoire de cette taxe²⁵⁹¹. Elle a également jugé inconstitutionnelle une réglementation du Minnesota imposant l'inspection sur le territoire étatique des animaux destinés à la consommation humaine. La mesure avait pour effet d'empêcher la vente de viandes non découpées dans l'Etat. La Cour a constaté le caractère discriminatoire de la réglementation et a conclu qu'il existait des alternatives moins restrictives pour protéger la santé²⁵⁹². Dans

²⁵⁸⁸ V. à ce propos section 1, §2, B, 2, B du présent chapitre, *supra*.

²⁵⁸⁹ V. à ce propos section 1, § 1, A, du présent chapitre, *supra*.

²⁵⁹⁰ *Railroad Co. v. Husen*, 95 U.S. 465, préc. Il convient de rappeler que le critère de la discrimination ne constituait pas, à l'époque, le critère central de la jurisprudence. En l'espèce, la Cour a constaté que la mesure avait pour effet d'affecter le transport interétatique, matière relevant de la compétence exclusive du Congrès. On observe, toutefois, une certaine continuité jurisprudentielle puisque, par la suite, de telles mesures seront qualifiées de discriminatoires et soumises au même contrôle de stricte proportionnalité.

²⁵⁹¹ *Willing*, 116 U.S. 446, préc.

²⁵⁹² *Barber*, 136 U.S. 313, préc.

l'arrêt *Great Atlantic & Pac. Tea Co. v. Cottrell*²⁵⁹³, elle a prononcé l'inconstitutionnalité d'une réglementation du Mississippi n'autorisant la vente de lait produit dans d'autres Etats qu'à la condition que ces Etats aient conclu un accord de réciprocité. La Cour a estimé, d'une part, que la mesure n'était pas apte à protéger efficacement la santé, d'autre part, qu'elle était disproportionnée puisque l'interdiction de vente pouvait être remplacée par des mesures d'inspection. Une exigence de réciprocité a également été condamnée dans l'arrêt *Sporhase v. Nebraska ex. rel. Douglas*²⁵⁹⁴. En l'espèce, la Cour devait apprécier une législation du Nebraska soumettant à autorisation l'exportation des eaux souterraines de l'Etat et n'accordant cette autorisation que sous réserve de réciprocité de la part de l'Etat destinataire. Tout en reconnaissant la faculté des Etats de contrôler leurs ressources naturelles, notamment dans l'intérêt de la santé de leurs citoyens, elle a estimé que l'Etat n'avait pas démontré le lien de causalité existant entre l'exigence de réciprocité et l'objectif recherché.

A l'inverse, en présence de mesures indistinctement applicables, la Cour Suprême s'est, le plus souvent, contentée d'observer qu'elles relevaient du pouvoir de police des Etats de protéger la santé publique. Elle ne s'est guère, dans ce cadre, interrogée sur l'étendue de l'entrave, le degré du danger pour la santé publique et l'existence d'alternatives à la réglementation litigieuse. Ainsi a-t-elle rapidement conclu à la constitutionnalité d'une mesure établissant une limite maximale de pollution atmosphérique dans le port de Détroit²⁵⁹⁵. Une telle réglementation, indistinctement applicable, relevait de la compétence des Etats et collectivités infra-étatiques en matière de santé publique et d'environnement, nonobstant les inconvénients susceptibles de découler des disparités législatives. La Cour n'a, à cet égard, effectué aucun contrôle de la limite imposée et n'a pas recherché si celle-ci était disproportionnée.

751. La structure des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne contraste, à cet égard, sensiblement avec celle de la Cour Suprême : l'analyse des juges de Luxembourg se concentre essentiellement sur la proportionnalité des mesures litigieuses. Le domaine de la santé publique illustre parfaitement cette orientation : nonobstant la reconnaissance d'une large marge de manœuvre au profit des Etats, la Cour de justice effectue, en effet, un contrôle rigoureux de proportionnalité et impose aux autorités nationales de respecter un certain

²⁵⁹³ *Great Atlantic & Pac. Tea Co.*, 424 U.S. 366, préc.

²⁵⁹⁴ *Sporhase*, 458 U.S. 941, préc.

²⁵⁹⁵ *Huron Portland Cement Co.*, 362 U.S. 440, préc.

nombre d'exigences pour pouvoir introduire ou maintenir des réglementations en matière de santé publique. Outre la démonstration scientifique du danger pour la santé publique²⁵⁹⁶ – certes modérée par la reconnaissance d'un principe de précaution qui doit, néanmoins, être lui-même motivé²⁵⁹⁷ –, les Etats doivent se soumettre à certaines conditions procédurales, telles que le respect du principe du contradictoire ou la mise en place de voies de recours²⁵⁹⁸. En pratique, le principe de reconnaissance mutuelle limite substantiellement l'autonomie décisionnelle des Etats, en particulier en matière de libre circulation des marchandises : toute interdiction ou limitation de commercialisation d'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre constitue, *per se*, une entrave. En outre, ce principe affecte l'appréciation de la proportionnalité des mesures : il est particulièrement difficile pour un Etat de démontrer la nécessité d'une restriction dès lors que d'autres Etats ont jugé qu'une marchandise pouvait, sans danger réel pour la santé, être mise sur le marché²⁵⁹⁹.

752. L'approche n'est pas la même aux Etats-Unis : en l'absence d'un principe de reconnaissance mutuelle constitutionnellement consacré, chaque Etat est libre de son jugement quant aux risques présentés par un produit et la nécessité de légiférer²⁶⁰⁰. Cette conception a été rappelée par la Cour Suprême à diverses reprises. Ainsi dans l'arrêt *Guy v. Baltimore* de 1880²⁶⁰¹, elle a indiqué que « [d]ans l'exercice de son pouvoir de police, un Etat pouvait exclure de son territoire, ou interdire la vente de toute marchandise qui, selon son jugement [...] est préjudiciable à la santé ou mettrait en danger la vie [...] de sa population »²⁶⁰². Il en résulte que la Cour Suprême n'a jamais exigé des Etats qu'ils produisent des études scientifiques à l'appui de leur réglementations ni suggéré la substitution de la mesure retenue par une mesure moins restrictive des échanges, en l'absence de discrimination.

753. La Cour Suprême des Etats-Unis n'a donc réellement examiné les alternatives aux mesures soumises à son examen qu'en présence d'une discrimination. On relèvera, à cet égard, qu'elle a parfois proposé des solutions qui, dans l'Union européenne, ont été jugées

²⁵⁹⁶ V. par ex. CJUE, *Bressol*, aff. C-73/08, préc., pt 71.

²⁵⁹⁷ V. par ex. CJCE, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-249/07, préc.

²⁵⁹⁸ V. par ex. CJCE, *Andibel*, aff. C-219/07, préc.

²⁵⁹⁹ V. à ce propos, section 1, §2, B, 2, γ du présent chapitre, *supra*.

²⁶⁰⁰ Sur la théorie de la double charge aux Etats-Unis, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, §2, B, *supra*.

²⁶⁰¹ *Guy*, 100 U.S. 434, préc.

²⁶⁰² P. 443 de l'arrêt.

contraires aux dispositions du traité. Ainsi, elle a pu constater que des mesures de contrôle préalable à la commercialisation constituaient des alternatives conformes à la Constitution. Dans l'arrêt *Dean Milk Co.*²⁶⁰³, par exemple, elle a déclaré non conforme à la clause de commerce une mesure imposant une pasteurisation locale du lait en observant, notamment, que la collectivité pouvait procéder à des contrôles dans les autres usines de pasteurisation. De même dans l'affaire *Great Atlantic & Pac. Tea Co.*²⁶⁰⁴, les juges ont considéré qu'un Etat qui subordonnait la vente sur son territoire de lait produit dans d'autres Etats à la conclusion préalable d'un accord de réciprocité contrevenait à la *dormant commerce clause*. Là aussi, l'Etat pouvait protéger la santé en soumettant les importations à des inspections préalables. Or, la Cour de justice de l'Union européenne a toujours estimé, pour sa part, qu'un Etat qui effectuait des contrôles systématiques sur les importations ou les exportations violait les articles 34 et 35 TFUE²⁶⁰⁵. En outre, la réglementation communautaire a procédé à une relative harmonisation des exigences sanitaires et a prévu, dans un certain nombre de domaines, qu'il incombait à l'Etat d'exportation d'effectuer les contrôles²⁶⁰⁶. Sur le fondement du principe de reconnaissance mutuelle, l'Etat d'importation doit dès lors accepter ces inspections comme équivalentes aux siennes²⁶⁰⁷, la Cour de justice n'admettant, dans ce cadre, que des contrôles ponctuels, par sondage²⁶⁰⁸. Par ailleurs, pour les contrôles non rendus obligatoires par le droit communautaire, l'Etat qui les organise n'est pas autorisé à faire peser

²⁶⁰³ *Dean Milk Co.*, 340 U.S. 349, préc.

²⁶⁰⁴ *Great Atlantic & Pac. Tea Co.*, 424 U.S. 366, préc.

²⁶⁰⁵ V. par ex. CJCE, *Simmenthal*, aff. 35/76, préc., pt 14 ; CJCE, *Deutsches Milch-Kontor I*, aff. C-426/92, préc.

²⁶⁰⁶ V. par ex. la directive 64/433/CEE du Conseil, du 26 juin 1964, relative à des problèmes sanitaires en matière d'échanges intracommunautaires de viandes fraîches (JO L 121, p. 1012) ; la directive 71/118 du Conseil, du 15 février 1971, relative à des problèmes sanitaires en matière d'échanges de viandes fraîches de volaille (JO L 55, p. 33) ; la directive 83/643/CEE du Conseil du 1^{er} décembre 1983 relative à la facilitation des contrôles physiques et des formalités administratives lors du transport des marchandises entre Etats membres (JO L 1983 p 8). L'existence ou l'absence de ces règles ne semble toutefois pas déterminante en ce qui concerne la qualification d'entrave : des contrôles systématiques constituent des mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives « en raison notamment des délais inhérents aux opérations de contrôle et des frais de transport supplémentaires qui peuvent en découler pour l'importateur [...] ». Dès lors, « les contrôles en question sont susceptibles de rendre les importations plus difficiles ou plus onéreuses » (CJCE, *Simmenthal*, aff. 35/76, préc., pt 14). En revanche, l'existence d'une directive d'harmonisation a pour effet d'exclure tout recours à l'article 36 TFUE pour justifier de tels contrôles (v. par ex. CJCE, *Moorman*, aff. 190/87, préc., pt 10). V. à propos de la préemption, titre 1, chapitre 1 de la présente partie, *supra*.

²⁶⁰⁷ V. en ce sens CJCE, *Delhaize*, aff. 2/82, préc. ; CJCE, *Ligur Carni*, aff. jtes C-277, 318 et 319/91, préc., pt 26.

²⁶⁰⁸ V. par ex. CJCE, *Simmenthal*, aff. 35/76, préc., pt 38 ; CJCE, *Delhaize*, aff. 2/82, préc., pt 12 ; CJCE, *Moorman*, aff. 190/87, préc., pt 13 ; CJCE, *lait UHT*, aff. 124/81, préc., pt 31.

la charge financière qu'ils entraînent sur les opérateurs économiques²⁶⁰⁹. Au contraire, la Cour Suprême a jugé qu'en tant qu'alternatives raisonnables à des mesures d'interdiction d'importation, les inspections pouvaient être financées par les importateurs²⁶¹⁰.

754. Il résulte de l'ensemble de ces observations que, nonobstant l'idée commune de conciliation des principes de libre échange et de protection de la santé, les juridictions américaine et communautaire appliquent des cadres d'analyse relativement divergents. Dès lors, les Etats fédérés américains et leurs collectivités conservent une marge de manœuvre que les Etats de l'Union européenne ont, en grande partie, perdue.

B. Liberté du commerce interétatique et protection de l'environnement

755. C'est un truisme que de constater les enjeux écologiques majeurs auxquels sont confrontés les Etats actuellement. L'accroissement des échanges économiques, en particulier l'échange de marchandises, a contribué, dans une certaine mesure, à la détérioration de l'environnement²⁶¹¹.

Que ce soit aux Etats-Unis ou dans l'Union européenne, la protection de l'environnement relève de la compétence partagée des autorités « centrales » et des autorités étatiques²⁶¹². Parmi les mesures adoptées par les Etats, dans ce cadre, un certain nombre ont eu un impact sur la circulation des marchandises et des services. C'est pourquoi, les juridictions communautaire et américaine ont été appelées, à de nombreuses reprises, à se prononcer sur la compatibilité de telles mesures avec les règles « constitutionnelles » relatives aux libertés de circulation²⁶¹³.

²⁶⁰⁹ V., à propos des droits de douane et taxes d'effet équivalent, 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 1, § 1, *supra*. En particulier, CJCE, *Simmenthal*, aff. 35/76, préc., pt 44 ; CJCE, *Ligur Carni*, aff. jtes C-277, 318 et 319/91, préc., pt 31.

²⁶¹⁰ *Great Atlantic & Pac. Tea Co.*, 424 U.S., préc., p. 377.

²⁶¹¹ Pour des développements sur ce sujet, v. not. A. ZIEGLER, *Trade and Environmental Law...*, *op. cit.* ; J. H. JANS, *European environmental law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2000 ; R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement*, avec la collaboration de G. BOSSIS et S. ROUSSEAU, Domat droit public, édition Montchrestien, 2005 ; S. CHARBONNEAU, *Droit communautaire de l'environnement*, L'Harmattan, 2006 ; C. VIAL, *Protection de l'environnement...*, *op. cit.* ; P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne. Eléments de droit comparé, américain, chinois et indien*, Bruylant, 2008.

²⁶¹² V. not. à ce propos M. FAURE and J. JOHNSTON, "The Law and Economics of Environmental Federalism: Europe and the United States Compared", *Va. Envtl. L. J.*, vol. 27, 2009, p. 205, *spéc.* p. 214 et s.

²⁶¹³ Pour une étude comparative approfondie de ces jurisprudences, v. D. GERADIN, *Trade and the environment: a comparative study of EC and US law*, Cambridge University Press, 1997.

756. La Cour Suprême, comme la Cour de justice de l'Union européenne, a considéré que le motif de protection de l'environnement constituait un motif d'intérêt général permettant de justifier des restrictions aux libertés de circulation.

Aux Etats-Unis, l'argument environnemental a progressivement été déployé au cours de la seconde partie du 20^{ème} siècle. A cet égard, la Cour Suprême a toujours reconnu que la protection de l'environnement permettait de justifier des atteintes au commerce interétatique. Ainsi, a-t-elle affirmé dans l'arrêt *Huron Portland Cement Co. v. City of Detroit, Mich* de 1960 qu' « une législation destinée à réduire la pollution de l'air respiré par la population relevait clairement de l'exercice d'un des concepts les plus traditionnels, connu sous le nom de pouvoir de police »²⁶¹⁴. De même, elle a souligné « l'intérêt substantiel des Etats à promouvoir la conservation de l'énergie et des autres ressources naturelles et à résoudre les problèmes de collecte des déchets »²⁶¹⁵.

Dans l'Union européenne, la protection de l'environnement n'apparaît pas parmi les exceptions du traité pouvant être invoquées par les Etats pour justifier des atteintes aux libertés de circulation. Une telle absence doit être rapportée au contexte d'adoption des traités : en 1957, les questions environnementales ne constituaient pas une préoccupation politique majeure. Les révisions successives des traités auraient pu être l'occasion d'intégrer formellement ce motif dans les listes d'exceptions du traité. Tel n'a pas été le cas²⁶¹⁶, sans doute parce qu'un tel ajout n'était pas nécessaire. En effet, la Cour de justice a admis que la protection de l'environnement constituait un intérêt légitime des Etats membres, susceptibles de justifier une restriction aux libertés de circulation, en rattachant, d'une part, cet intérêt au motif de « protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux [et] de préservation des végétaux »²⁶¹⁷ ; en lui attribuant, d'autre part, le statut d'exigence impérative²⁶¹⁸ et de raison impérieuse d'intérêt général²⁶¹⁹.

²⁶¹⁴ *Huron Portland Cement Co.*, 362 U.S., préc., p. 442.

²⁶¹⁵ *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S., préc., p. 473.

²⁶¹⁶ En revanche, les révisions successives ont permis d'attribuer à l'Union européenne une compétence explicite en matière d'environnement (v. article 11 et titre XX du TFUE). A propos de cette compétence, v. not. P. THIEFFRY, « Politique européenne de l'environnement – Bases juridiques – Processus normatif – Principes », *JurisClasseur Europe*, fasc. 1900, 2010.

²⁶¹⁷ Article 36 TFUE. V. not. CJCE, 14 juillet 1998, *Aher-Waggon*, aff. C-389/96, *Rec.* p. I-4473. Pour une recension de la jurisprudence sur ce point, v. C. VIAL, *Protection de l'environnement...*, *op. cit.*, pp. 179 et s.

²⁶¹⁸ V. par ex. CJCE, *Bouteilles danoises*, aff. 302/86, préc.

²⁶¹⁹ V. par ex. CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, aff. C-17/00, *Rec.* p. I-9445.

Si la protection de l'environnement constitue donc, avant tout, une justification prétorienne, le législateur communautaire en a fait une dérogation textuelle en matière de services. En effet, l'article 16 de la directive « services »²⁶²⁰, qui impose aux Etats de garantir le libre accès aux activités de services sur leur territoire, prévoit, par dérogation, que l'accès à ces activités peut être limité si la mesure poursuit l'un des quatre objectifs énumérés au b) de cet article, parmi lesquels figure la protection de l'environnement. Cette évolution nous semble particulièrement révélatrice de l'importance croissante qu'a pris la protection de l'environnement dans la définition des politiques nationales et communautaire. En effet, il s'agit du seul motif non mentionné dans le traité qui ait été inséré à l'article 16. Par comparaison le motif de protection des consommateurs n'y figure pas : les Etats ne sont donc plus en droit d'invoquer un tel motif pour restreindre l'accès à leur marché alors qu'ils peuvent le faire pour des raisons environnementales²⁶²¹. Par ailleurs, cette insertion est cohérente avec la jurisprudence de la Cour de justice. L'analyse des arrêts communautaires révèle, en effet, que la protection de l'environnement constitue, pour la Cour, un objectif qui mérite une protection renforcée. Bien qu'il s'agisse, au départ, d'une simple justification prétorienne²⁶²², les juges de Luxembourg, considérant que « *la protection de l'environnement constitue l'un des objectifs essentiels de la Communauté* »²⁶²³, ont admis, sur ce fondement, des restrictions relativement substantielles aux libertés de circulation. C'est ainsi que des mesures discriminatoires ont pu être considérées comme conformes au traité²⁶²⁴. Cette bienveillance de la Cour contraste avec une grande partie de sa jurisprudence, puisqu'elle se montre, le plus souvent, sévère à l'égard des mesures restrictives des libertés de circulation. Par comparaison, il ne semble pas que la Cour Suprême ait adopté une démarche plus souple à l'égard des mesures motivées par la protection de l'environnement. Certains auteurs estiment même que la Cour s'est montrée relativement hostile aux réglementations

²⁶²⁰ Directive 2006/123/CE, préc.

²⁶²¹ Sur le caractère fermé de la liste des dérogations au principe de la libre prestations de services : v. chapitre 1, section 2, § 2, B, *supra*.

²⁶²² Ce qui implique, en principe, que seules des restrictions indistinctement applicables peuvent être justifiées par ce motif. V. à ce propos le chapitre 1, section 2, § 2, A du présent titre, *supra*.

²⁶²³ CJCE, *Commission c/ Autriche*, aff. C-320/03, préc., pt 72.

²⁶²⁴ V. à ce propos chapitre 1, section 2, § 2, A, 2, *α* du présent titre, *supra*.

environnementales²⁶²⁵. Il en résulte que, contrairement à bien d'autres domaines, les juges de Washington se sont révélés parfois plus exigeants à l'égard des Etats que les juges de Luxembourg lorsqu'il s'est agi d'apprécier des mesures environnementales.

757. Le sort réservé par la juridiction américaine et par la juridiction communautaire aux mesures étatiques limitant l'importation ou l'exportation des déchets²⁶²⁶ illustre cette tendance à contre-courant.

Dans une série d'arrêts, la Cour Suprême a déclaré contraire à la clause de commerce des réglementations qui limitaient, de manière discriminatoire, les mouvements de déchets. En 1978, tout d'abord, elle a jugé inconstitutionnelle la réglementation de l'Etat du New Jersey qui interdisait l'importation de la plupart des déchets liquides ou solides produits à l'extérieur de son territoire²⁶²⁷. Elle avait, à cette occasion, posé le principe de l'inconstitutionnalité *per se* des mesures discriminatoires et indiqué que, nonobstant l'existence d'un intérêt légitime, celui-ci ne pouvait être poursuivi que par une mesure non discriminatoire²⁶²⁸. En conséquence, si l'Etat était en droit de limiter la circulation de l'ensemble des déchets²⁶²⁹, il ne pouvait essayer de s'isoler d'un danger commun à l'ensemble de la nation²⁶³⁰.

Appliquant ce précédent, la Cour Suprême a constaté l'inconstitutionnalité de plusieurs mesures relatives aux déchets au cours des années 1990. Dans l'arrêt *Fort Gratiot Sanitary Landfill, Inc.*²⁶³¹, la Cour a considéré qu'une réglementation du Michigan interdisant aux propriétaires privés de terrains d'accepter des déchets produits en dehors de leur comté, sauf autorisation explicite de l'administration locale, était contraire à la clause de commerce. Pour l'opinion majoritaire, l'Etat n'avait, en effet, pas démontré qu'il n'existait aucune mesure non discriminatoire susceptible de protéger l'environnement. Cette approche a également conduit

²⁶²⁵ V. R. LAZARUS, "Restoring What's Environmental About Environmental Law in the Supreme Court", *UCLA L. Rev.*, vol. 47, 2000, p. 703, *spéc.* pp. 716-717 ; C. A. KLEIN, "The Environmental Commerce Clause", *Harv. Envtl. L. Rev.*, vol. 27, 2003, p. 1, *spéc.* p. 4. Toute la doctrine ne partage pas cette position. V. par ex. M. LATHAM, "The Rehnquist Court and the Pollution Control Cases: Anti-Environmental and Pro-Business?", *U. Pa. J. Const. L.*, vol. 10, 2007, p. 133, *spéc.* pp. 191-192.

²⁶²⁶ La Cour Suprême et la Cour de justice ont toutes deux considéré que les déchets constituaient des marchandises. Dès lors, les réglementations relatives aux déchets n'échappent pas aux dispositions relatives aux libertés de circulation (v. *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S., *préc.*, pp. 621-623 ; CJCE, *déchets wallons*, aff. C-2/90, pts 23-28).

²⁶²⁷ *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, *préc.*

²⁶²⁸ V. à ce propos section 1, § 1, A, 1 du présent chapitre, *supra*.

²⁶²⁹ V. p. 626 de l'arrêt.

²⁶³⁰ V. p. 628 de l'arrêt.

²⁶³¹ *Fort Gratiot Sanitary Landfill, Inc.*, 504 U.S. 353, *préc.*

la juridiction suprême à condamner des mesures fiscales discriminatoires visant à décourager le dépôt de déchets sur le territoire étatique. Dans l'arrêt *Chemical Waste Management, Inc. v. Hunt* de 1992²⁶³², elle a ainsi jugé que l'Etat de l'Alabama ne pouvait imposer une taxe supplémentaire pour le dépôt, dans les installations de traitement des déchets établies sur son territoire, de déchets produits à l'extérieur de l'Etat. Une législation analogue a été déclarée inconstitutionnelle, pour les mêmes raisons, deux ans plus tard²⁶³³. Enfin, dans l'arrêt *C&A Carbone*²⁶³⁴, la Cour a considéré qu'une mesure attribuant un monopole à une entreprise pour le traitement des déchets locaux et interdisant, de ce fait, de recourir aux services d'autres entreprises, notamment non étatiques, n'était pas justifiée par la protection de l'environnement. Il existait, en effet, des alternatives non discriminatoires, telles que l'adoption de mesures uniformes de sécurité, pour atteindre l'objectif poursuivi²⁶³⁵.

758. La sévérité de la Cour Suprême doit toutefois être relativisée. Tout d'abord, à chaque fois qu'elle a été saisie d'une mesure non discriminatoire – ou qualifiée comme telle – motivée par la protection de l'environnement, elle s'est prononcée en faveur de la constitutionnalité de la mesure²⁶³⁶. Ensuite, elle a déclaré conforme à la clause de commerce des mesures environnementales discriminatoires dès lors que l'Etat était intervenu, non en sa qualité de régulateur, mais en sa qualité d'opérateur économique²⁶³⁷. Sur ce fondement, elle a considéré qu'un Etat pouvait favoriser financièrement les démolisseurs de véhicules établis sur son territoire²⁶³⁸.

759. Confronté à des problématiques identiques, des Etats de l'Union européenne ont pu adopter des réglementations analogues à celles des Etats américains poursuivis dans les

²⁶³² *Chemical Waste Management, Inc.*, 504 U.S. 334, préc.

²⁶³³ *Oregon Waste Sys., Inc.*, 511 U.S. 93, préc.

²⁶³⁴ *C&A Carbone, Inc.*, 511 U.S. 383, préc.

²⁶³⁵ P. 393 de l'arrêt.

²⁶³⁶ V. par ex. *Huron Portland Cement Co.*, 362 U.S. 440, préc. (constitutionnalité d'une réglementation locale fixant, pour les navires, une limite maximale de pollution atmosphérique plus stricte que la limite imposée par le droit fédéral) ; *United Haulers Assn.*, 550 U.S. 330, préc. (constitutionnalité d'une mesure attribuant un monopole à une entreprise publique pour le traitement des déchets locaux. Alors qu'une mesure analogue avait été qualifiée de discriminatoire dans l'affaire *C&A Carbone*, la Cour a considéré, en l'espèce, que la réglementation s'appliquait indistinctement à l'ensemble des entreprises privées. Elle a donc appliqué le *balancing test* et jugé que la mesure était justifiée par la protection de l'environnement. Pour de plus amples développements sur cet arrêt, v. chapitre 1, section 1, § 2, B du présent titre, *supra*).

²⁶³⁷ Sur cette distinction, v. chapitre 1, section 1, § 2 du présent titre, *supra*.

²⁶³⁸ *Alexandria Scrap Corp.*, 426 U.S. 794, préc.

affaires précitées. Ainsi, dans la fameuse affaire des *déchets wallons*²⁶³⁹, la Cour de justice était saisie d'une réglementation de la région wallonne interdisant le dépôt de déchets provenant d'un autre Etat membre ou d'une autre région belge. Contrairement aux juges américains dans les affaires *City of Philadelphia v. New Jersey*²⁶⁴⁰ et *Fort Gratiot Sanitary Landfill, Inc.*²⁶⁴¹, les juges de Luxembourg ont considéré qu'une telle mesure n'était pas discriminatoire. En effet, le principe de la correction, par priorité à la source²⁶⁴², justifiait, selon la Cour de justice, un traitement différencié des déchets selon leur lieu de production²⁶⁴³. Dès lors, la mesure pouvait être justifiée par le motif de protection de l'environnement. Il est intéressant de relever que, pour la Cour Suprême, il n'avait pas été démontré que « *le mouvement même des déchets [...] met en danger la santé ou que les déchets devraient être déposés aussi rapidement et le plus proche possible de leur point de production* »²⁶⁴⁴. En conséquence, elle n'a pas estimé qu'un principe, tel que le principe de correction à la source, permettait de traiter différemment les déchets, selon leur lieu de production.

760. L'approche de la Cour de justice dans l'arrêt « *déchets wallons* » contraste avec son raisonnement habituel. Outre sa conclusion hétérodoxe quant au caractère non discriminatoire de la mesure²⁶⁴⁵, il apparaît qu'aucun contrôle de proportionnalité n'a été réalisé. L'analyse s'achève, en effet, sur la qualification de la mesure. En conséquence, cette décision de la Cour de justice étonne par sa clémence²⁶⁴⁶. Toutefois, elle n'est pas réellement isolée²⁶⁴⁷ et témoigne de la considération accordée par les juges de Luxembourg à l'objectif de protection

²⁶³⁹ CJCE, *déchets wallons*, aff. C-2/90, préc.

²⁶⁴⁰ 437 U.S. 617, préc.

²⁶⁴¹ 504 U.S. 353, préc.

²⁶⁴² Ce principe figure à l'article 191, § 2 TFUE.

²⁶⁴³ V. pts 34-36 de l'arrêt.

²⁶⁴⁴ *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S., préc., p. 629. La Cour de justice a employé le même argument dans l'arrêt *Dusseldorp*, durcissant ainsi sa jurisprudence antérieure qui laissait entendre que le danger présenté par la circulation des déchets était présumé (CJCE, *Dusseldorp*, aff. C-203/96, préc., pt 47 : « [le gouvernement néerlandais] n'a pas établi que le transport des filtres à huile constituait un danger pour l'environnement [...] »). V. également CJCE, *Sydhavnens Sten & Grus*, aff. C-209/98, préc.

²⁶⁴⁵ V. à ce propos, notre analyse au chapitre 1, section 2, § 2, A, 2, α du présent titre, *supra*.

²⁶⁴⁶ Pour une critique de l'arrêt, v. not. D. GERADIN, "Free trade and environmental protection in an integrated market...", préc., p. 189 et p. 196.

²⁶⁴⁷ La Cour de justice a jugé conforme au traité, sur le fondement de la protection de l'environnement, plusieurs réglementations discriminatoires. V. à ce propos la jurisprudence citée au chapitre 1, section 2, § 2, A, 2, α du présent titre, *supra*.

de l'environnement.

761. Sur le fond, la doctrine a souvent approuvé la démarche de la Cour de justice et condamné celle de la Cour Suprême. En effet, si la Cour Suprême a fait, contrairement à la Cour de justice, une application classique des principes constitutionnels, il lui a, toutefois, été reproché de sacrifier la protection de l'environnement sur l'autel du libre échange²⁶⁴⁸. Pour plusieurs auteurs, les juges de Washington n'auraient pas pris la mesure des conséquences d'un marché dérégulé des déchets²⁶⁴⁹.

762. Le contraste entre les jurisprudences des deux juridictions au sujet de la circulation des déchets ne doit pas occulter que, en matière d'environnement, elles ont également pu adopter des positions analogues. Tel a été le cas, par exemple, en matière de législations imposant, pour certains produits, l'utilisation de matériaux recyclables.

Dans l'arrêt *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.* de 1981²⁶⁵⁰, la Cour Suprême s'est prononcée sur une réglementation interdisant la vente au détail de lait dans des bouteilles en plastique non recyclable. En revanche, les bouteilles fabriquées dans des matériaux autres que le plastique, qu'ils soient recyclable ou non, étaient autorisées. Des producteurs de plastique avaient saisi les juridictions, faisant valoir une violation de la clause de commerce²⁶⁵¹. Constatant le caractère indistinctement applicable de la mesure, la Cour a mis en œuvre le test de l'arrêt *Pike*²⁶⁵². Elle a donc constaté, d'une part, que la mesure, motivée par la protection de l'environnement, s'inscrivait dans les pouvoirs de police de l'Etat, d'autre part, que l'entrave n'était pas excessive au regard de ses bénéfices environnementaux. Elle a également observé que les entreprises plaignantes n'avaient pas démontré l'existence d'alternatives moins restrictives. Elle a donc conclu que la mesure ne violait pas la clause de commerce.

A l'instar de la Cour Suprême, la Cour de justice a estimé qu'un Etat pouvait, au regard du traité, exiger des producteurs qu'ils utilisent des matériaux recyclables ou réutilisables. Telle a

²⁶⁴⁸ V. en ce sens E. WALTER, "The Supreme Court goes dormant when desperate times call for desperate measures: looking to the European Union for a lesson in environmental protection", *Fordham L. Rev.*, vol. 65, 1996, p. 1161, *spéc.* pp. 1163-1167.

²⁶⁴⁹ V. par ex. R. VERCHICK, "Critical Space Theory: Keeping Local Geography in American and European Environmental Law", *Tul. L. Rev.*, vol. 73, 1999, p. 739, *spéc.* pp. 754 et s. ; C. A. KLEIN, "The Environmental Commerce Clause", *préc.*, pp. 47-42 et pp. 65-68.

²⁶⁵⁰ *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456, *préc.*

²⁶⁵¹ Pour de plus amples développements sur les arguments des parties pour caractériser l'entrave dans cette affaire, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, B, *supra*.

²⁶⁵² *Pike*, 397 U.S. 137, *préc.* V. à ce propos la section 1, §1, A, 2 du présent chapitre, *supra*.

été sa conclusion dans l'affaire des *bouteilles de verre danoises* de 1988²⁶⁵³. En l'espèce, la Cour était saisie d'une loi danoise n'autorisant la commercialisation de bières et boissons non alcoolisées que dans des emballages susceptibles d'être réutilisés et exigeant, entre autres, qu'un système de consigne et de reprise des emballages vides soit mis en place par les producteurs²⁶⁵⁴. Selon la Cour, une telle obligation constituait « *un élément indispensable d'un système visant à assurer la réutilisation des emballages* » et apparaissait donc « *nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis en matière de protection de l'environnement* »²⁶⁵⁵.

763. Il convient de relever, enfin, que la Cour de justice a pu juger contraires au traité des mesures étatiques visant, selon les Etats, à protéger l'environnement. Ainsi, dans l'affaire *Commission c/ Autriche*, du 15 novembre 2005²⁶⁵⁶, la Cour a condamné une législation autrichienne interdisant la circulation de certains camions sur une portion d'autoroute au motif que les autorités n'avaient pas « *suffisamment étudié le point de savoir si l'objectif de réduction des émissions de polluants pouvait être atteint par d'autres moyens moins restrictifs de la liberté de circulation* »²⁶⁵⁷. La protection de l'environnement n'autorise donc pas les Etats à adopter n'importe quelle mesure. Ils doivent au préalable mesurer le degré d'atteinte aux libertés de circulation et s'interroger, en cas d'atteinte grave, sur l'existence d'alternatives.

764. La Cour de justice applique donc, de manière générale, son cadre d'analyse classique, tout en se montrant particulièrement sensible aux arguments environnementaux. La Cour Suprême, pour sa part, ne semble pas avoir adapté sa démarche en la matière : la protection de l'environnement constitue un pouvoir de police classique. Dès lors, les mesures indistinctement applicables sont autorisées, tandis que les mesures discriminatoires sont interdites²⁶⁵⁸. Il en résulte que, tant les Etats membres de l'Union européenne que les Etats

²⁶⁵³ CJCE, *Bouteilles danoises*, aff. 302/86, préc.

²⁶⁵⁴ En outre, les bouteilles et canettes utilisées devaient être agréées par l'administration avant d'être mises sur le marché. Il était loisible aux producteurs de continuer à utiliser des bouteilles et canettes non recyclables mais dans une quantité limitée, fixée par la loi.

²⁶⁵⁵ Pt 13 de l'arrêt. En revanche, dans le même arrêt, la Cour a jugée disproportionnée la limitation des quantités de bière et de boissons rafraîchissantes pouvant être commercialisées dans des emballages non agréés (v. pts 14-22 de l'arrêt).

²⁶⁵⁶ CJCE, *Commission c/ Autriche*, aff. C-320/03, préc., pt 89.

²⁶⁵⁷ Pt 89 de l'arrêt.

²⁶⁵⁸ V. à ce propos section 1, § 1, A du présent chapitre, *supra*.

fédérés des Etats-Unis disposent d'une marge de manœuvre importante, dans les limites imposées par l'interdiction du protectionnisme économique.

§ 2. Une approche différente du contrôle de proportionnalité

765. L'étude de la jurisprudence a donc montré que les juridictions européenne et américaine avaient pu être saisies de litiges similaires, soulignant ainsi que l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur conduisent à des problématiques communes. Elle montre également que les juridictions ont globalement appréhendé de la même manière ces litiges : il s'est agi, pour elles, de mesurer les restrictions aux libertés de circulation à l'aune des intérêts étatiques en jeu. Toutefois, cette même étude conduit à constater un écart considérable entre les conceptions de l'entrave²⁶⁵⁹ et entre les degrés de contrôle des juridictions.

766. A titre liminaire, on observera que cet écart s'explique, en partie, par un facteur institutionnel et plus particulièrement par l'organisation différente des voies de recours (A). Plus fondamentalement, cet écart trouve sa justification dans la manière dont les juridictions perçoivent leurs rôles et dans la conception différente du marché intérieur (B).

Au-delà de ces différences, le retrait certain du juge américain par rapport au juge communautaire invite à s'interroger sur le contrôle de proportionnalité, tel qu'il est pratiqué dans l'Union européenne (C).

A. La nature des voies de recours influence le degré du contrôle

767. La précision croissante des critères communautaires, qui contraste singulièrement avec la souplesse des critères américains, ne s'explique pas seulement par la plus grande sévérité de la Cour de justice. Elle est également la conséquence des modes de saisine de la juridiction communautaire, qui diffèrent de ceux de la Cour Suprême. Alors que la Cour Suprême

²⁶⁵⁹ A ce propos, v. en particulier 1^{ère} partie, titre 2, *supra*.

tranche elle-même, sur le fond, les litiges dont elle est saisie²⁶⁶⁰, la Cour de justice, lorsqu'elle est saisie dans le cadre d'un renvoi préjudiciel et non d'un recours en manquement, fournit des indications au juge national pour lui permettre d'interpréter le droit communautaire et d'adopter une décision mais ne se prononce, en principe, pas elle-même sur la compatibilité de la réglementation nationale avec le droit communautaire. En effet, en vertu du système de coopération établi par l'article 267 TFUE et fondé sur une séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour de justice²⁶⁶¹, « *la Cour n'est pas compétente pour statuer sur la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire. Elle a toutefois compétence pour fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui peuvent lui permettre d'apprécier cette compatibilité pour le jugement dont elle est saisie* »²⁶⁶². En conséquence, afin de garantir une interprétation uniforme des principes, il est apparu nécessaire de fournir des critères d'analyse précis.

768. Cette « subsidiarité juridictionnelle »²⁶⁶³, qui s'applique essentiellement au stade du contrôle de proportionnalité²⁶⁶⁴, est toutefois à géométrie variable. Dans nombre d'arrêts, la Cour a, *in fine*, précisé elle-même si la réglementation était, ou non, conforme au droit communautaire²⁶⁶⁵. Dans d'autres arrêts, les indications ont été d'une précision telle que la juridiction saisissante ne disposait, en réalité, que d'une marge de manœuvre extrêmement réduite²⁶⁶⁶. Enfin, dans quelques affaires, elle s'est contentée d'indications générales, laissant une latitude importante au juge national pour décider de la compatibilité de la norme étatique

²⁶⁶⁰ Même s'il lui arrive parfois de ne pas conclure elle-même sur le fond et de renvoyer l'appréciation des faits à la juridiction inférieure lorsqu'elle estime ne pas disposer d'éléments suffisants pour se prononcer (v. par ex. *Florida Lime*, 373 U.S. 132, préc. ; *Building Trades Council*, 465 U.S. 208, préc. ; *Hillside Dairy, Inc.*, 539 U.S. 59, préc.).

²⁶⁶¹ V. par ex. CJCE, *Liga Portuguesa*, aff. C-42/07, préc., pt 37.

²⁶⁶² V. par ex. CJCE, *Belgapom*, aff. C-63/94, préc., pt 7.

²⁶⁶³ Nous empruntons l'expression à Mme RIGAUX (v. A. RIGAUX, « La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité... », préc., p. 5 ; A. RIGAUX, « Symphonie déconcertante ou Keckophonie ?... », préc., p. 7).

²⁶⁶⁴ Il est rare que la Cour ne se prononce pas elle-même sur l'existence d'une entrave et renvoie cette question au juge national. Les cas de renvoi dès le premier stade de l'analyse concernent essentiellement des modalités de vente de marchandises, la Cour laissant au juge national le soin d'examiner si les conditions de l'arrêt *Keck* sont remplies (v. par ex. CJCE, *De Agostini and TV-shop*, aff. jtes C-34 à 36/95, préc. ; CJCE, 6 juin 2002, *Sapod Audic*, aff. C-159/00, *Rec. p. I-5031* ; CJCE, *Burmanjer e.a.*, aff. C-20/03, préc.).

²⁶⁶⁵ V. par ex. CJCE, *GB-INNO-BM*, aff. 362/88, préc. ; CJCE, *Pall Corp. c/ Dalhausen*, aff. C-238/89, préc. ; CJCE, *Van der Veldt*, aff. C-17/93, préc. ; CJCE, *Mars*, aff. C-470/93, préc. ; CJCE, *Franzén*, aff. 189/95, préc. ; CJCE, *De Coster*, aff. C-17/00, préc. ; CJCE, *Payroll Data Services*, aff. C-79/01, préc. ; CJCE, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, préc. ; CJUE, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, préc.

²⁶⁶⁶ V. par ex. CJCE, *Gambelli*, aff. C-243/01, préc. ; CJCE, *Familiapress*, aff. C-368/95, préc. ; CJUE, *Bressol*, aff. C-73/08, préc.

avec les règles relatives aux libertés de circulation²⁶⁶⁷.

La première démarche, en ce qu'elle ne respecte pas le principe selon lequel « *[l]e contrôle de la proportionnalité et de l'efficacité des mesures prises repose [...] sur des appréciations de fait que la juridiction de renvoi est mieux à même d'effectuer que la Cour* »²⁶⁶⁸, a souvent été critiquée²⁶⁶⁹. La dernière, qui ménage cette répartition des compétences, n'est toutefois pas exempte de critiques²⁶⁷⁰. Certes, elle « *a l'avantage de limiter l'immixtion de la Cour de justice dans les politiques étatiques* »²⁶⁷¹. Toutefois, elle présente le risque d'une mise en oeuvre différenciée des principes par les juridictions nationales. Autrement dit, elle est susceptible de remettre en cause l'application uniforme du droit communautaire. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de justice relative au travail dominical, par laquelle elle renvoyait l'appréciation de la proportionnalité de l'interdiction aux juridictions nationales²⁶⁷², a donné lieu, au Royaume-Uni, à de nombreuses décisions contradictoires²⁶⁷³. En outre, les indications parfois vagues de la Cour peuvent poser des difficultés au juge national, qui ne dispose pas nécessairement des moyens lui permettant de procéder à des analyses parfois complexes²⁶⁷⁴. Comme l'a relevé l'avocat général POIARES MADURO, « *[p]areille charge peut apparaître bien lourde à supporter pour une juridiction ayant demandé l'assistance de la Cour pour résoudre une affaire* »²⁶⁷⁵. C'est pourquoi, dans certaines affaires, la doctrine a regretté une « *position « laxiste » [...] consistant à se décharger sur le juge nationale de la responsabilité*

²⁶⁶⁷ V. par ex. CJCE, *Centre d'Insémination de la Crespelle*, aff. C-323/93, préc. ; CJCE, 26 novembre 1996, *Graffione*, aff. C-313/94, *Rec.* p. I-6039 ; CJCE, *Gourmet International Products*, aff. C-405/98, préc. ; CJCE, *Canal Satellite Digital*, aff. C-390/99, préc. ; CJCE, *ATRAL*, aff. C-14/02, préc. ; CJCE, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, préc. ; CJCE, *Kattner*, aff. C-350/07, préc. ; CJCE, *Mickelsson et Roos*, aff. C-142/05, préc.

²⁶⁶⁸ CJCE, *Ahokaine et Leppik*, aff. C-434/04, préc., pt 38.

²⁶⁶⁹ V. par ex. G. DAVIES, "Any Place I Hang My Hat ?...", préc., p. 48.

²⁶⁷⁰ V. not. D. WILSHER, "Does Keck discrimination make any sense?...", préc., p. 20 ; J. STEINER, "Drawing the Line...", préc., p. 763 et pp. 773-774.

²⁶⁷¹ C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, *op. cit.*, p. 340.

²⁶⁷² V. CJCE, *B & Q PLC*, aff. 145/88, préc.

²⁶⁷³ V. à ce propos F. JACOBS, "Recent Developments in the Principle of Proportionality", in E. ELLIS (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 1, *spéc.* p. 19. La Cour de justice s'est, en conséquence, elle-même prononcée sur la proportionnalité de l'interdiction dans ses arrêts suivants (v. par ex. CJCE, *Conforama*, aff. C-312/89, préc. ; CJCE, *Marchandise e.a.*, aff. C-332/89, préc.).

²⁶⁷⁴ V. en ce sens W. VAN GERVEN, "Constitutional aspects of the european court's case-law...", *op. cit.*, p. 1637.

²⁶⁷⁵ Pt 32 des conclusions de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt CJCE, *Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos*, aff. jtes C-158 et 159/04, préc.

d'apprécier la proportionnalité de la mesure »²⁶⁷⁶.

769. Au-delà des avantages et inconvénients que présente chaque méthode, c'est surtout l'absence d'approche uniforme qui apparaît regrettable, d'autant que la Cour n'a jamais clairement exposé les raisons pour lesquelles elle choisissait, dans certains cas, de renvoyer au juge national et, dans d'autres cas, de se prononcer elle-même²⁶⁷⁷. On peut, néanmoins, émettre l'hypothèse que, dans les cas graves d'entrave, la Cour précise elle-même que la mesure est disproportionnée. Tel est le cas, par exemple, des mesures exigeant un établissement sur le territoire national pour fournir une prestation de services²⁶⁷⁸ ou des mesures discriminatoires ou à connotation discriminatoire²⁶⁷⁹. On observe ainsi que, dans le domaine des jeux²⁶⁸⁰, la Cour a tantôt conclu au caractère disproportionné des réglementations étatiques lorsque celles-ci comportaient des restrictions substantielles²⁶⁸¹, tantôt renvoyé au juge national lorsque le caractère proportionné était davantage discutable, compte tenu du caractère plus restreint de l'entrave et des intérêts substantiels mis en avant par les Etats²⁶⁸². Dans ce dernier cas, elle a également pu préciser elle-même que la mesure apparaissait conforme au principe de proportionnalité²⁶⁸³. Les cas complexes ou les affaires dans lesquelles la Cour ne dispose pas de l'ensemble des éléments la conduisent également à

²⁶⁷⁶ D.SIMON, comm. 311, *Europe*, n° 11, 2006 (à propos de l'arrêt CJCE, 28 septembre 2006, *Ahokaine et Leppik*, aff. C-434/04, *Rec.* p. I-9171).

²⁶⁷⁷ Au sein d'un même arrêt, lorsque plusieurs mesures sont examinées, les deux méthodes peuvent coexister (renvoi au juge national pour une partie des mesures, appréciation par la Cour pour les autres). V. par ex. CJCE, *Gräbner*, aff. C-294/00, préc. ; CJCE, *Placanica*, aff. C-338/04, préc. ; CJUE, *Engelmann*, aff. C-64/08, préc.

²⁶⁷⁸ V. par ex. CJCE, *Servizi Ausiliari Commercialisti*, aff. C-451/03, préc. ; CJUE, *Engelmann*, aff. C-64/08, préc.

²⁶⁷⁹ V. par ex. CJCE, *ITC*, aff. C-208/05, préc.

²⁶⁸⁰ Pour une analyse de la jurisprudence dans le domaine des jeux, v. not. F. PERALDI LENEUF, « La Cour de justice et la libéralisation des jeux en ligne: l'exigence de cohérence », *RTDE*, n° 1, 2010, p. 7 ; E. BERNARD, « La Cour de justice précise les règles du jeu », *Europe*, n° 11, 2010, étude 12. Rappelons que les réglementations étatiques des jeux ont également été contestées aux Etats-Unis, sur le fondement de la clause de commerce (v. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, B, *supra*).

²⁶⁸¹ V. par ex. CJCE, *Placanica*, aff. C-338/04, préc. ; CJUE, *Engelmann*, aff. C-64/08, préc.

²⁶⁸² V. par ex. CJCE, *Zenatti*, aff. C-67/98, préc. ; CJCE, *Gambelli*, aff. C-243/01, préc. (en l'espèce, toutefois, les indications précises fournies par la Cour suggèrent largement que la législation italienne litigieuse est disproportionnée. Elle a d'ailleurs elle-même constaté le caractère disproportionné d'une partie de cette législation en 2007 dans l'arrêt *Placanica*, aff. C-338/04, préc.) ; CJUE, *Ladbrokes Betting & Gaming et Ladbrokes International*, aff. C-258/08, préc. ; CJUE, *Zeturf Ltd*, aff. C-212/08, préc. ; CJUE, *Garkalns*, aff. C-470/11, préc.

²⁶⁸³ CJCE, *Schindler*, aff. C-275/92, préc. ; CJCE, *Lääri*, aff. C-124/97, préc. ; CJCE, *Anomar*, aff. C-6/01, préc. ; CJCE, *Liga Portuguesa*, aff. C-42/07, préc. ; CJUE, *Sporting Exchange Ltd*, aff. C-203/08, préc.

laisser au juge national le soin d'apprécier la proportionnalité des mesures litigieuses²⁶⁸⁴.

770. Au-delà de la démarche retenue par la Cour de justice de l'Union européenne – décision sur le fond ou renvoi au juge national –, le mode de résolution collaboratif des litiges explique, en grande partie, la précision des juges de Luxembourg. Leurs décisions doivent permettre, aux juges nationaux, une application uniforme du droit communautaire. La Cour Suprême ne s'est pas trouvée confrontée à une contrainte similaire, de telle sorte que, si ces arrêts demeurent développés, elle n'a pas dégagé de critères systématiques pour apprécier la proportionnalité des mesures restrictives des échanges interétatiques.

771. La nature des voies de recours joue également sur l'importance du contentieux et, en conséquence, sur le développement et la systématisation des critères d'analyse. La Cour de justice est saisie chaque année de plusieurs dizaines d'affaires concernant les libertés de circulation. La Cour Suprême, juridiction fédérale de dernier ressort, libre de choisir les litiges qu'elle traite, ne connaît, au mieux, que quelques cas par an²⁶⁸⁵.

772. Cette différence, si elle explique les divergences quant au degré de précision des critères d'analyse, n'explique, en revanche, pas la plus grande sévérité de la Cour de justice.

B. Une conception différente du marché intérieur et du rôle du juge

773. A notre sens, deux facteurs expliquent essentiellement l'orientation différente de la Cour de justice et de la Cour Suprême à l'égard des Etats. D'une part, le contrôle de proportionnalité remplit deux fonctions différentes, conditionnées par la conception que se font les juridictions de la notion d'obstacle aux libertés de circulation (1). D'autre part, la jurisprudence américaine est profondément marquée par la répartition à la fois verticale et horizontale des compétences. Il en résulte une auto-limitation du juge américain qui ne s'observe pas dans l'Union européenne (2).

²⁶⁸⁴ V. par ex. CJCE, *Placanica*, aff. C-338/04, préc., pts 57-58. Le professeur BERTRAND émet également l'hypothèse que le renvoi à l'appréciation du juge national est lié à la nature de l'intérêt (v. B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, n°1, 2012, étude 1, §24).

²⁶⁸⁵ Entre 1970 et 1999, la Cour Suprême a jugé 61 litiges fondés sur la *dormant commerce clause*, dont une majorité concernait des affaires fiscales (chiffres fournis par le professeur DRAHOZAL dans son article "Preserving the American Common Market...", préc., p. 254).

1. Une fonction différente du contrôle de proportionnalité conditionnée par la conception divergente de l'entrave

774. L'analyse des jurisprudences américaine et communautaire montre, selon nous, que le contrôle de proportionnalité est, en réalité, susceptible de remplir deux fonctions différentes. Or, selon la fonction qu'il est amené à exercer, le degré et le résultat du contrôle divergent.

775. D'une part, le contrôle de proportionnalité peut avoir pour objet de vérifier la réalité de l'objectif allégué²⁶⁸⁶, c'est-à-dire de déterminer si la mesure litigieuse poursuit un objectif protectionniste ou légitime. Cette fonction apparaît particulièrement dans le cas de mesures discriminatoires en droit ou en fait : le juge aboutit à la conclusion que la mesure n'est pas nécessaire à la réalisation de l'objectif invoqué par l'Etat et observe qu'elle est, en réalité, motivée par la volonté de favoriser l'économie étatique. Plusieurs auteurs ont relevé cette fonction du contrôle de proportionnalité. Ainsi, pour le professeur LENAERTS, « [l]’*intention cachée d’un Etat membre de favoriser sa production nationale apparaîtra normalement de l’examen du caractère raisonnable du rapport entre l’objectif prétendument recherché et le moyen utilisé. Si ce rapport est déraisonnable, l’objectif avoué n’est pas sincère* »²⁶⁸⁷. Le professeur MARENCO indique, pour sa part, que le contrôle de proportionnalité « *doit faire ressortir l’absence d’objectifs dignes de protection ou la disproportion éventuelle entre la mesure et les objectifs poursuivis. Elle peut permettre d’établir que l’objectif poursuivi n’est autre qu’un objectif protectionniste, ce qui ne saurait évidemment légitimer l’exercice des compétences étatiques, ou que l’objectif apparent n’est qu’un prétexte, ou qu’il est dérisoire* »²⁶⁸⁸. La même idée a été exprimée par la doctrine américaine. Ainsi, selon le professeur SUNSTEIN, « *dès lors qu’il a été démontré qu’une loi a un effet négatif disproportionné sur les [opérateurs] non étatiques ou offre un avantage disproportionné aux [opérateurs] étatiques, il y a des raisons de suspecter que le protectionnisme a, en réalité, motivé la législation. Un examen de la relation entre les moyens [mis en œuvre] et les finalités [recherchées] et des alternatives moins restrictives élimine un tel protectionnisme* »²⁶⁸⁹.

²⁶⁸⁶ V. not. en ce sens M. FALLON, « Vers un principe général de liberté de circulation ?... », préc., p. 86.

²⁶⁸⁷ K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, op. cit., p. 493.

²⁶⁸⁸ G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle... », préc., p. 322.

²⁶⁸⁹ “Once it is shown that a statute has a disproportionate adverse effect on out-of-staters, or gives disproportionate benefits to in-staters, there is reason to suspect that protectionism in fact accounted for the legislation. An examination of the means-ends relationship and of less restrictive alternatives ‘filters out’ such protectionism” (C. R. SUNSTEIN, “Protectionism, the American Supreme Court...”, op. cit., p. 135).

776. D'autre part, le contrôle de proportionnalité vise à déterminer si des mesures moins restrictives des libertés de circulation pouvaient être adoptées par les Etats. Aussi, même si l'objectif apparaît sincère et « digne de protection »²⁶⁹⁰, le juge peut déclarer contraire à la norme « constitutionnelle » une mesure dont l'effet restrictif dépasserait ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par l'Etat.

Le contrôle de proportionnalité présente donc à la fois une dimension subjective, liée à l'intention de l'autorité étatique, et une dimension plus objective, liée à la pondération des exigences potentiellement contradictoires de protection d'intérêts non économiques et de réalisation du marché intérieur.

777. Ces deux fonctions ne se retrouvent pas dans une mesure analogue dans la jurisprudence américaine et la jurisprudence communautaire.

Aux Etats-Unis, le contrôle de proportionnalité se rapporte essentiellement à la première fonction. En revanche, l'examen de la proportionnalité de la mesure n'a pas réellement pour but d'identifier des alternatives moins restrictives à la mesure litigieuse. En effet, selon les juges américains, « [même] *s'il existe des moyens alternatifs de régler un problème, nous ne sommes pas là pour déterminer lequel est le meilleur pour atteindre l'objectif [recherché]* »²⁶⁹¹.

Si l'on examine attentivement la jurisprudence de la Cour Suprême, on perçoit nettement que le contrôle de proportionnalité n'a pas d'autre rôle à jouer que l'identification du protectionnisme économique²⁶⁹². Dans l'arrêt *City of Philadelphia v. New Jersey*²⁶⁹³, par exemple, la Cour Suprême a observé que la mesure du New Jersey interdisant l'importation de déchets n'était pas nécessaire pour protéger l'environnement, le New Jersey pouvant atteindre un tel objectif en réduisant le flux de tous les déchets, quelle que soit leur origine²⁶⁹⁴. Le contrôle de proportionnalité confirme donc la nature essentiellement protectionniste de la mesure, ce qui conduit les juges à la déclarer inconstitutionnelle. Dans l'arrêt *Hunt v.*

²⁶⁹⁰ G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle... », préc., p. 322.

²⁶⁹¹ *Navajo Freightlines*, 359 U.S., préc., p. 524.

²⁶⁹² C'est la thèse défendue par le professeur REGAN qui, reprenant l'ensemble de la jurisprudence, s'attache à démontrer que la nature de la mesure détermine entièrement le résultat du contrôle (v. D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", préc., p. 1091).

²⁶⁹³ *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, préc. A propos de cet arrêt, v. section 1, § 1, A, 1 et section 2, § 1, B, du présent chapitre, *supra*.

²⁶⁹⁴ P. 626 de l'arrêt.

*Washington State Apple Advertising Commission*²⁶⁹⁵, relatif à la réglementation de l'Etat de Caroline du Nord concernant les indications de qualité et le conditionnement des pommes²⁶⁹⁶, la Cour a d'abord rappelé que l'affirmation par l'Etat que la mesure poursuivait des objectifs légitimes dans le domaine de la santé et de la protection des consommateurs n'achevait pas le contrôle. Dans le cas contraire, « *la Clause de Commerce n'imposerait, par elle-même aucune limitation à l'action étatique ... sauf dans les rares cas où l'Etat admettrait poursuivre un objectif discriminatoire* »²⁶⁹⁷. Constatant, ensuite, que la mesure avait un effet discriminatoire en protégeant de la concurrence les producteurs étatiques²⁶⁹⁸, elle a estimé que la mesure n'était pas nécessaire à la protection des consommateurs. En l'espèce, le contrôle de proportionnalité et l'examen des alternatives a également eu pour but de démontrer le caractère protectionniste de la réglementation.

Dans les cas où la Cour a exclu l'existence d'une discrimination, elle n'a, en revanche, effectué qu'un contrôle très limité de proportionnalité. Ainsi, dans l'arrêt *Exxon*²⁶⁹⁹, la Cour a déclaré conforme à la Constitution une réglementation du Maryland interdisant aux compagnies pétrolières de posséder des stations services sur son territoire en se fondant quasi-exclusivement sur le caractère non discriminatoire de la mesure²⁷⁰⁰. L'étendue de l'entrave et la nécessité de la mesure n'ont pas été discutée par l'opinion majoritaire. En revanche, le juge BLACKMUN, auteur de l'opinion dissidente, a consacré d'importants développements de son analyse à l'examen de la proportionnalité de la mesure²⁷⁰¹. Il a, toutefois, constaté, au préalable, l'effet discriminatoire de la réglementation²⁷⁰², ce qui démontre que le contrôle de proportionnalité a bien pour objectif d'établir le caractère protectionniste ou légitime d'une

²⁶⁹⁵ *Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333, préc.

²⁶⁹⁶ La réglementation interdisait d'apposer sur les emballages des indications de qualité autres que celles prévues par la législation fédérale. Pour de plus amples développements concernant cet arrêt, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, § 3 et le chapitre 2, section 1, § 1, A, 2, du même titre, *supra*.

²⁶⁹⁷ P. 350 de l'arrêt : "*the Commerce Clause of itself imposes no limitations on state action... save for the rare instance where a state artlessly discloses an avowed purpose to discriminate against interstate goods*".

²⁶⁹⁸ Concrètement, la mesure empêchait les producteurs de pommes de l'Etat de Washington de maintenir sur leurs emballages leurs propres indications de qualité. Dès lors, ils ne pouvaient plus faire valoir la qualité supérieure de leurs pommes.

²⁶⁹⁹ *Exxon Corp.*, 437 U.S. 117, préc. Sur cet arrêt, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, B, 1 et la section 2, § 1 du même chapitre, *supra*.

²⁷⁰⁰ V. pp. 125-129 de l'arrêt.

²⁷⁰¹ V. pp. 141-145 de l'arrêt. Pour le juge BLACKMUN, l'Etat n'a pas démontré que la mesure était nécessaire pour protéger la concurrence. Des alternatives non discriminatoires permettaient d'atteindre le même objectif.

²⁷⁰² V. pp. 137-138 de l'arrêt.

réglementation. Autrement dit, il s'agit de déterminer si la différence de traitement est nécessaire pour atteindre un objectif légitime ou, au contraire, poursuit une finalité protectionniste.

L'arrêt *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co*²⁷⁰³ atteste également que le contrôle de proportionnalité n'a pas réellement pour fonction, dans la jurisprudence de la Cour Suprême, d'identifier des moyens moins restrictifs d'atteindre un objectif donné. En l'espèce, la Cour a jugé qu'une réglementation interdisant la commercialisation de lait dans des bouteilles en plastique non restituable ou recyclable ne violait pas la clause de commerce. Pour parvenir à cette conclusion, elle a consacré des développements substantiels à la question de la nature et de l'effet de la mesure²⁷⁰⁴. Estimant que la réglementation n'était pas discriminatoire, elle a ensuite rapidement observé que l'entrave n'était pas « *clairement excessive au regard de l'intérêt substantiel de l'Etat à promouvoir la conservation de l'énergie et des ressources naturelles* »²⁷⁰⁵. Les entreprises plaignantes suggéraient des alternatives entravant, à leur sens, moins le commerce interétatique. La Cour a, toutefois, écarté l'argument, observant brièvement « *qu'aucune approche avec un impact moindre sur le commerce* » n'était envisageable et que les mesures suggérées « *entravaient davantage le commerce* » ou s'avéraient « *moins efficaces* »²⁷⁰⁶, sans développer de réelle analyse à cet égard.

778. Au contraire, dans la jurisprudence communautaire, le contrôle de proportionnalité remplit les deux fonctions que nous avons identifiées. La première fonction apparaît même accessoire au regard de la seconde. La Cour de justice emploie, certes, le contrôle de proportionnalité pour démontrer, dans certains cas, la « déloyauté » de l'Etat. Mais, pour l'essentiel, elle l'emploie pour démontrer l'existence d'alternatives moins restrictives des libertés de circulation.

779. Plusieurs arrêts de la Cour de justice révèlent que le contrôle de proportionnalité permet de détecter les mesures protectionnistes. Ainsi dans l'arrêt *Gilli et Andres* de 1980²⁷⁰⁷, les juges de Luxembourg, saisis de la réglementation italienne interdisant des produits contenant de l'acide acétique non dérivé de la fermentation acétique du vin et prohibant de

²⁷⁰³ *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456, préc. Sur cet arrêt, v. 1ère partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, B, 1 et §1, B de la présente section, *supra*.

²⁷⁰⁴ V. pp. 472-473 de l'arrêt.

²⁷⁰⁵ P. 473 de l'arrêt.

²⁷⁰⁶ Pp. 473-474 de l'arrêt.

²⁷⁰⁷ CJCE, *Vinaigre I*, aff. 788/79, préc.

fait le vinaigre de pomme, ont constaté que le « *vinaigre de pomme est dépourvu de substance nocive et n'est pas préjudiciable à la santé* »²⁷⁰⁸. En conséquence, « *sur le plan de la protection de la santé publique [...] aucun élément ne justifie une restriction à l'importation du produit en cause* »²⁷⁰⁹. Il en ont déduit que « *[l']effet pratique des prescriptions de ce genre consiste principalement à protéger la production nationale [...]* »²⁷¹⁰.

780. Par ailleurs, cette fonction du contrôle de proportionnalité ressort de l'article 36, §2 TFUE. Aux termes de cette disposition, les interdictions ou restrictions d'importation d'exportation ou de transit, justifiées par l'une des raisons énumérées au §1²⁷¹¹, « ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres ». Par cette exigence, les rédacteurs du traité ont entendu interdire aux Etats d'invoquer des motifs légitimes pour, en réalité, poursuivre des finalités protectionnistes²⁷¹². Selon le professeur PICOD, l'article 36 TFUE exprime « *une idée commune [...] selon laquelle l'invocation des justifications à des fins déloyales doit être sanctionnée* »²⁷¹³. Dans ce contexte, une restriction serait déguisée lorsque les Etats font valoir « *de manière a priori légitime, un besoin de protection, alors que la raison véritable est différente* »²⁷¹⁴. Le contrôle de proportionnalité permet, dans ce cadre, de vérifier qu'une mesure est effectivement nécessaire pour atteindre l'objectif allégué ou, au contraire, constitue une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée. Ainsi dans l'arrêt du 10 juillet 1980, *Commission c/ France*²⁷¹⁵, la Cour a constaté qu'une interdiction de publicité pour l'alcool qui s'appliquait essentiellement à des boissons importées « *bien qu'elle soit, dans son principe, justifiée par des préoccupations inhérentes à la sauvegarde de la santé*

²⁷⁰⁸ Pt 7 de l'arrêt.

²⁷⁰⁹ Pt 8 de l'arrêt.

²⁷¹⁰ Pt 10 de l'arrêt.

²⁷¹¹ C'est-à-dire, la moralité publique, l'ordre public, la sécurité publique, la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique et la protection de la propriété industrielle et commerciale.

²⁷¹² V. en ce sens CJCE, *Henn et Darby*, aff. 34/79, préc., pt 21 : l'article 36, § 2 « *a pour but d'empêcher que les restrictions aux échanges fondées sur les motifs indiqués à la première phrase de l'article 36 ne soient détournées de leur fin et utilisées de manière à établir des discriminations à l'égard des marchandises originaires d'autres Etats-membres, ou à protéger indirectement certaines productions nationales* ».

²⁷¹³ F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, op. cit., p. 408.

²⁷¹⁴ F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, op. cit., p. 414.

²⁷¹⁵ CJCE, *Publicité pour l'alcool*, aff 152/78, préc.

publique, n'en constitue pas moins une discrimination arbitraire »²⁷¹⁶. En effet, même si « des motivations relatives à la sauvegarde de la santé publique ne sont pas absentes de la législation critiquée », l'Etat ne saurait prétendre à la nécessité de sa mesure lorsqu'il interdit la publicité « pour des produits présentant des caractéristiques comparables [aux produits nationaux], mais originaires d'autres Etats membres »²⁷¹⁷. De même dans l'arrêt « maladie de Newcastle I » de 1982²⁷¹⁸, la Cour a, à propos de l'interdiction d'importation de viandes de volailles, d'abord observé que « certains fait établis portent à croire que l'objet véritable des mesures de 1981 était de bloquer, pour des raisons commerciales et économiques, les importations de produits de volaille en provenance d'autres Etats membres [...] »²⁷¹⁹. Elle en a déduit que la mesure constituait une restriction déguisée aux importations « à moins qu'il ne puisse être démontré que pour des raisons tenant à la protection de la santé des animaux, le Royaume-Uni n'avait pas d'autre choix [...] »²⁷²⁰. Constatant qu'il existait « des méthodes moins contraignantes pour arriver au même résultat »²⁷²¹, elle a conclu à une violation du traité. En l'espèce, le raisonnement se rapproche de celui employé aux Etats-Unis : les juges relèvent le caractère discriminatoire de la mesure et la volonté protectionniste des autorités étatiques puis établissent que la réglementation n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif prétendument poursuivi. Le contrôle de proportionnalité permet donc de démontrer le caractère non légitime de la réglementation.

781. Il apparaît, toutefois, que cette fonction du contrôle de proportionnalité est secondaire dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. S'il arrive à la Cour de constater qu'une mesure poursuit, en réalité, une finalité protectionniste, cette circonstance est aggravante mais non déterminante du résultat. Le contrôle de proportionnalité a essentiellement pour but d'imposer aux Etats la mesure la moins restrictive des échanges au regard des objectifs légitimes qu'ils poursuivent. C'est ainsi que la Cour de justice impose aux Etats de substituer aux interdictions de commercialisation de marchandises légalement

²⁷¹⁶ Pt 18 de l'arrêt.

²⁷¹⁷ *Id.* Dans l'arrêt *Aragonese de Publicidad*, de 1991 – qui portait également sur une interdiction de publicité de certaines boissons alcoolisées –, la Cour a, en revanche, d'abord jugé la mesure proportionnée à l'objectif de protection de la santé, puis exclu qu'il s'agisse d'une discrimination arbitraire ou d'une restriction déguisée (CJCE, *Aragonese de Publicidad*, aff. jtes C-1/90 et 176/90, préc.).

²⁷¹⁸ CJCE, *maladie de Newcastle I*, aff. 40/82, préc.

²⁷¹⁹ Pt 37 de l'arrêt.

²⁷²⁰ Pt 40 de l'arrêt.

²⁷²¹ Pts 41 et s. de l'arrêt.

produites sur le territoire communautaire des mesures d'information des consommateurs²⁷²², sauf si la nocivité des marchandises est démontrée, ce qui est rarement le cas²⁷²³. En matière de libre prestation de services, elle a imposé aux Etats de renoncer aux obligations d'établissement des prestataires de services sur le territoire national²⁷²⁴. Pour les activités sensibles, les Etats peuvent seulement prévoir des mesures de contrôle et, sous certaines conditions strictes, des régimes d'autorisation²⁷²⁵. Dans ces deux hypothèses – interdiction de commercialisation d'une marchandise, obligation d'établissement sur le territoire national –, les Etats poursuivent, la plupart du temps, des objectifs légitimes, étrangers au protectionnisme économique. La Cour considère néanmoins que ces objectifs peuvent être atteints par des mesures cloisonnant moins les marchés.

782. Cette différence entre les fonctions attribuées au contrôle de proportionnalité aux Etats-Unis et dans l'Union européenne s'explique par la conception différente de l'entrave²⁷²⁶. Aux Etats-Unis, le contrôle de l'entrave s'épuise substantiellement dans le contrôle du caractère protectionniste de la mesure litigieuse. Dès lors qu'il apparaît que la mesure n'est protectionniste ni dans son objet, ni dans ses effets, elle s'avère, dans la quasi-totalité des cas, conforme à la Constitution²⁷²⁷. Dans l'Union européenne, l'absence de volonté protectionniste ou d'effet discriminant n'exclut aucunement l'existence d'une entrave illicite. Une réglementation parfaitement neutre à l'égard des opérateurs étatiques et des opérateurs des autres Etats membres et motivée par un objectif légitime peut être jugée contraire au traité au motif qu'elle affecte, dans une mesure non nécessaire, l'accès au marché²⁷²⁸ et empêche

²⁷²² V. par ex. CJCE, *Kelderman*, aff. 130/80, préc. ; CJCE, *Miro BV*, aff. 182/84, préc. ; CJCE, *Pasta*, aff. 407/85, préc. ; CJCE, *Commission c/ Allemagne*, aff. 76/86, préc. ; CJCE, *Nespoli et Crippa*, aff. C-196/89, préc. ; CJCE, *Van der Veldt*, aff. C-17/93, préc. ; CJCE, *denrées alimentaires*, aff. C-51/94, préc. ; CJCE, 16 juillet 1998, *Silhouette International*, aff. C-355/96, *Rec. p. I-4799* ; CJCE, *Van der Laan*, aff. C-383/97, préc. ; CJCE, *Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos*, aff. jtes C-158 et 159/04, préc. ; CJCE, *Commission c/ Espagne*, aff. C-12/00, préc.

²⁷²³ V. à ce propos la section 1, §2, B du présent chapitre, *supra*.

²⁷²⁴ V. par ex. CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-355/98, préc. ; CJCE, 25 octobre 2001, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-493/99, *Rec. p. I-8163* ; CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-439/99, préc. ; CJCE, *Servizi Ausiliari Commercialisti*, aff. C-451/03, préc. ; CJUE, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-546/07, préc. ; CJUE, *Engelmann*, aff. C-64/08, préc. ; CJUE, *Commission c/ Portugal*, aff. C-518/09, préc.

²⁷²⁵ Sur ces conditions, v. par ex. CJUE, 18 novembre 2010, *Commission c/ Portugal*, aff. C-458/08, *Rec. p. I-11599*.

²⁷²⁶ V. à ce propos la 1^{ère} partie de la thèse et, en particulier, le titre 2, *supra*.

²⁷²⁷ V. à ce propos le titre 2 de la 1^{ère} partie de la thèse, dans lequel nous avons montré qu'une mesure non discriminatoire en droit comme en fait ne constituait qu'exceptionnellement une entrave dans la jurisprudence américaine.

²⁷²⁸ V. le titre 2 de la 1^{ère} partie de la thèse, *supra*.

l'interpénétration économique voulue par les rédacteurs du traité.

Dès lors, la recherche d'alternatives moins restrictives – élément central du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence communautaire – est strictement limitée dans la jurisprudence américaine : elle sert seulement à appuyer la démonstration du caractère protectionniste d'une mesure. C'est pourquoi, les degrés de contrôles divergent substantiellement, nonobstant la similitude des critères employés.

783. La modération du juge américain, en comparaison du juge communautaire, ne s'explique pas seulement par la conception différente de la notion d'entrave et du contrôle de proportionnalité. Ces conceptions sont, en effet, conditionnées, en partie, par la manière dont le juge perçoit son rôle dans le mécanisme institué par les dispositions constitutionnelles.

2. Modération du juge américain, activisme du juge communautaire : des conceptions différentes du rôle du juge

784. Aux Etats-Unis, le *balancing test* a toujours fait l'objet de vives contestations, tant de la part de certains juges que de certains auteurs²⁷²⁹. En particulier, «[l]a doctrine américaine a tôt discuté le rôle créateur de la Cour Suprême et a noté les dangers qu'il présentait pour le processus démocratique, dès lors qu'il conduisait le pouvoir judiciaire à contrôler les options politiques du législateur »²⁷³⁰.

785. La *dormant commerce clause* et l'*economic due process clause* étant des constructions purement jurisprudentielles, plusieurs juges ont, au cours des années, appelé la Cour Suprême à limiter strictement son contrôle afin de respecter les choix politiques des Etats et collectivités infra-étatiques.

786. En 1876, dans un contentieux relatif à la *due process clause*, le juge WAITE déclarait : « [p]our se protéger des abus du législateur, le peuple doit se rendre aux urnes, non devant

²⁷²⁹ V. not. E. M. MALTZ, "How Much Regulation is Too Much...", préc. ; J. N. EULE, "Laying the Dormant Commerce Clause to Rest", *Yale L. J.*, vol. 9, 1982, p. 425 ; M. H. REDISH and S. V. NUGENT, "The Dormant Commerce Clause and the Constitutional Balance of Federalism", *Duke L.J.*, vol. 1987, 1987, p. 569 ; D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", préc. ; S. BREKER-COOPER, "The Commerce Clause: The Case for Judicial Non-Intervention", *Or. L. Rev.*, vol. 69, 1990, p. 895 ; R. D. FRIEDMAN, "Putting the Dormancy Doctrine out of its Misery", préc., p. 1745 ; L. HEINZERLING, "The Commercial Constitution", préc., p. 217 ; E. M. MALTZ, "The Impact of the Constitutional Revolution of 1937 on the Dormant Commerce Clause – A Case Study in the Decline of State Autonomy", *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 19, 1995, p. 121 ; P. F. MCGREAL, "The Flawed Economics of the Dormant Commerce Clause", préc., p. 1191 ; E. A. ZELINSKY, "Restoring Politics to the Commerce Clause...", préc.

²⁷³⁰ J. SCHMIDT, « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême... », préc., p. 50.

les Cours »²⁷³¹. Dans l'arrêt *Jay Burns Baking Co.* de 1924²⁷³², le juge BRANDEIS, regrettant la décision de l'opinion majoritaire de prononcer l'inconstitutionnalité d'une réglementation relative au poids du pain, affirmait : « *décider que [la mesure] « n'est pas nécessaire à la protection de l'acheteur [contre la fraude] », qu'elle « n'est pas propre à atteindre cet objectif » et qu'elle « soumet les boulangers [...] à une charge excessive » relève, dans mon opinion, des pouvoirs d'un super-législateur – non des fonctions constitutionnelles [du juge] »*²⁷³³.

787. Des considérations analogues apparaissent dans la jurisprudence relative à la *dormant commerce clause*. Dans l'arrêt *Barnwell Bros.* de 1938²⁷³⁴, la Cour a longuement développé sa conception du rôle du juge par rapport au législateur national et aux législateurs étatiques²⁷³⁵. Selon elle, « *tant que l'action de l'Etat n'est pas discriminatoire, l'entrave est autorisée par la Constitution parce qu'elle constitue le corollaire inséparable de l'exercice de l'autorité législative, qui, aux termes de la Constitution, appartient aux Etats. Le Congrès peut, dans le cadre de son pouvoir de réglementer le commerce interétatique, déterminer si les obstacles imposés par une réglementation étatique [...] sont trop importants et décider de limiter les compétences des Etats en adoptant une législation uniforme. Mais il s'agit d'une fonction législative, non d'une fonction judiciaire [...]. En l'absence d'une telle législation, la fonction judiciaire, au regard de la clause de commerce [...] et du 14^{ème} amendement, se limite à contrôler que l'Etat a agi dans le cadre de sa compétence et que les moyens choisis sont raisonnablement adaptés aux finalités recherchées. [...] Les juridictions ne peuvent agir en tant que législateur, étatique ou national. Elles ne peuvent agir comme le Congrès lorsque, après avoir apprécié tous les intérêts conflictuels, il détermine les cas dans lesquels les compétences étatiques doivent céder devant les intérêts plus larges du commerce national. En révisant une réglementation [étatique], en l'absence d'action du Congrès, une juridiction n'est pas appelée, comme le font les législateurs étatiques, à déterminer ce qui, dans son*

²⁷³¹ *Munn*, 94 U.S., préc., p. 134.

²⁷³² *Jay Burns Baking Co.*, 264 U.S. 504, préc.

²⁷³³ P. 534 de l'arrêt. L'expression « super-législateur » (“*super-legislature*”) a été fréquemment reprise par la suite dans les arrêts relatifs au 14^{ème} amendement. V. par ex. *New State Ice Co.*, 285 U.S. 262, préc. ; *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726, préc. ; *Dukes*, 427 U.S. 297, préc.

²⁷³⁴ *Barnwell Bros.*, 303 U.S. 177, préc. Concernant les faits de l'arrêt, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, A, 1, *supra*.

²⁷³⁵ La décision a été rendue à l'unanimité.

jugement, constitue la restriction la plus adaptée aux intérêts en présence »²⁷³⁶. Aussi, « [l]orsque l'action d'une législature entre dans le champ de ses pouvoirs, les questions [...] relatives à son caractère raisonnable, sa sagesse, son caractère approprié ne relèvent pas de la compétence des cours mais de celle du corps législatif [...]. [L]es juridictions ne sont pas habilitées, au motif que le commerce interétatique est affecté, à substituer leur jugement à celui du législateur »²⁷³⁷.

788. Il s'agit de l'un des arrêts les plus fermes et les plus développés sur la question du rôle du juge. Par la suite, les opinions majoritaires n'ont fait qu'épisodiquement référence à la compétence des législateurs pour décliner l'exercice d'un contrôle approfondi. Ce sont davantage les juges dissidents, et hostiles à tout *balancing test*, qui ont repris et développé l'argumentaire. Ainsi, dans l'arrêt *Southern Pac. Co.*²⁷³⁸, dans lequel l'opinion majoritaire a déclaré contraire à la clause de commerce une réglementation relative à la longueur des trains²⁷³⁹, le juge BLACK, auteur d'une opinion dissidente, a rappelé que, « toute la théorie de notre gouvernement fédéral [...] est hostile à l'idée que les questions [relevant] de l'autorité législative peuvent dépendre de l'opinion des juges concernant la sagesse des lois [...] »²⁷⁴⁰. Reprenant les termes du juge BRANDEIS, il a estimé que la Cour se comportait comme un « super-législateur »²⁷⁴¹. Le juge BLACK a eu l'occasion, en 1968, de faire prévaloir ce point de vue dans l'arrêt *Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen v. Chicago R.I. & P.R. Co.*²⁷⁴². En l'espèce, la Cour a déclaré conforme à la clause de commerce une réglementation imposant la présence de certains professionnels à bord des trains²⁷⁴³. Observant que la *District Court* avait mis en balance les différents intérêts en jeu pour conclure que les obstacles au commerce interétatique étaient disproportionnés au regard des bénéfices de la mesure, le juge BLACK a considéré que la juridiction de premier ressort « s'était livrée à un jugement législatif se trouvant hors des limites de son autorité de contrôle

²⁷³⁶ Pp. 189-190 de l'arrêt.

²⁷³⁷ Pp. 190-191 de l'arrêt.

²⁷³⁸ *Southern Pacific Railway*, 325 U.S. 761, préc.

²⁷³⁹ Pour de plus amples développements, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, A, 1, *supra*.

²⁷⁴⁰ P. 784 de l'arrêt.

²⁷⁴¹ P. 788 de l'arrêt.

²⁷⁴² *Brotherhood of Locomotive Firemen*, 393 U.S. 129, préc.

²⁷⁴³ A propos de cet arrêt, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, A, 1 et section 1, §1, A, 2 du présent chapitre, *supra*.

au regard de la clause de commerce »²⁷⁴⁴. La question de la sécurité est, en effet, « *une question de politique publique, et la politique publique ne peut, dans notre système constitutionnel, être établie que par les citoyens agissant par le biais de leurs représentants élus* »²⁷⁴⁵. En conséquence, la compétence de la *District Court* pour « établir les faits » ne l'autorisait pas « à résoudre le conflit de preuve en défaveur des conclusions du législateur, ou même à rejeter le jugement législatif [...] »²⁷⁴⁶. Cette opinion n'a toutefois pas fait véritablement jurisprudence puisque la Cour Suprême a invalidé, en 1978 et 1981, deux réglementations interdisant la circulation de certains poids lourds sur les autoroutes pour des raisons de sécurité²⁷⁴⁷, même si les opinions séparées dans ces affaires ont repris à leur compte une partie des arguments du juge BLACK. Ainsi, le juge REHNQUIST, auteur de l'opinion dissidente dans l'arrêt *Consolidated Freightways Corp.* de 1981, a considéré que la Cour outrepassait les limites de son autorité au regard de la clause de commerce et s'immisçait dans la compétence des Etats en matière de sécurité²⁷⁴⁸. Contestant la doctrine de la *dormant commerce clause*, il a rappelé que la « *clause de commerce attribuait une compétence au Congrès, et non aux juridictions* »²⁷⁴⁹. Il en résulte, selon lui, que la Cour ne peut comparer les bénéfices de la réglementation, en termes de sécurité, à ses inconvénients au regard du commerce interétatique. Autrement dit, elle ne peut se livrer à un *balancing test* puisqu'un tel test revient à « *attribuer à la Cour la fonction d'établir la politique publique, fonction qui, en l'absence d'action du Congrès, a été octroyée par les pères de la Constitution aux législateurs étatiques* »²⁷⁵⁰. Aussi, s'il existe des alternatives à la mesure litigieuse, les juridictions n'ont pas la compétence pour déterminer laquelle de ces alternatives est la plus apte à atteindre l'objectif recherché et la moins restrictive du commerce interétatique²⁷⁵¹.

789. Ces vingt dernières années, deux juges se sont particulièrement illustrés dans leur

²⁷⁴⁴ P. 136 de l'arrêt.

²⁷⁴⁵ P. 138 de l'arrêt.

²⁷⁴⁶ Pp. 138-139 de l'arrêt.

²⁷⁴⁷ *Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S. 429, préc. ; *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S. 662, préc. A propos de ces arrêts, v. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, A, 1, *supra*.

²⁷⁴⁸ *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S., préc., p. 687.

²⁷⁴⁹ P. 690 de l'arrêt.

²⁷⁵⁰ P. 691 de l'arrêt.

²⁷⁵¹ Pp. 691-692 de l'arrêt. Le juge REHNQUIST cite ici un passage de l'arrêt *Navajo Freightlines*, 359 U.S. 520, préc. Il convient de relever que, nonobstant cette affirmation, la Cour avait conclu, dans cette affaire, à l'inconstitutionnalité d'une mesure indistinctement applicable, en raison de son effet particulièrement restrictif du commerce interétatique. V. à ce propos 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, A, 1, *supra*.

opposition à la *dormant commerce clause* et au *balancing test* : les juges SCALIA et le juge THOMAS.

Pour le premier, le *balancing test*, outre qu'il ne trouve aucun fondement dans le texte de la Constitution²⁷⁵² et conduit donc la Cour à outrepasser ses compétences²⁷⁵³, relève de l'absurde puisqu'il repose sur une mise en balance d'intérêts non comparables. Selon sa célèbre formule, ce test revient à déterminer « *si une ligne est plus longue qu'un rocher est lourd* »²⁷⁵⁴. Il a donc suggéré, de manière constante, l'abandon du *balancing test*, et proposé que seules deux catégories de mesures puissent être déclarées inconstitutionnelles : les mesures directement discriminatoires non justifiées par un intérêt légitime de l'Etat ainsi que les mesures similaires à des réglementations déjà déclarées contraires à la Constitution par le passé, afin de respecter le *stare decisis*²⁷⁵⁵.

Le second a défendu une position relativement analogue, en particulier dans l'affaire *Camps Newfound/Owatonna*²⁷⁵⁶, dans laquelle il a longuement développé son appréciation de la *dormant commerce clause*. Pour le juge THOMAS, « *la negative Commerce clause n'a aucun fondement dans le texte de la Constitution, a peu de sens, et a démontré qu'elle était inapplicable en pratique* »²⁷⁵⁷. Il s'attache alors à démontrer qu'aucune des théories proposées pour justifier une lecture *a contrario* de la clause de commerce ne résiste à une analyse

²⁷⁵² Plus précisément, c'est la doctrine de la *negative commerce clause* que le juge SCALIA conteste, la Constitution ne contenant aucune interdiction à l'égard des Etats mais attribuant seulement une compétence au Congrès. Le juge SCALIA accepte, toutefois, un contrôle limité de la Cour et rejette essentiellement le *balancing test*. V. par ex. *Jefferson Lines, Inc.*, 514 U.S., préc., p. 200.

²⁷⁵³ V. par ex. *Bendix Autolite Corp.*, 486 U.S., préc., p. 897 ; *United Haulers Assn.*, 550 U.S. 330, préc.

²⁷⁵⁴ *Bendix Autolite Corp.*, 486 U.S., préc., p. 897.

²⁷⁵⁵ *Bendix Autolite Corp.*, 486 U.S., préc., pp. 897-898. Opinion réitérée dans plusieurs arrêts : v. par ex. *West Lynn Creamery, Inc.*, 512 U.S., préc., p. 210 ; *American Trucking Assns., Inc. v. Michigan Pub. Serv. Comm'n*, 545 U.S. 429, 439 (2005).

²⁷⁵⁶ *Camps Newfound*, 520 U.S. 564, préc.

²⁷⁵⁷ V. p. 610 de l'arrêt. Opinion réitérée dans plusieurs arrêts : v. par ex. *Pharmaceutical Research*, 538 U.S., préc., p. 683 ; *Hillside Dairy, Inc.*, 539 U.S., préc., p. 68 ; *American Trucking Assns., Inc.* 545 U.S., préc., p. 439 ; *G.W. Davies*, 553 U.S., préc., p. 361.

textuelle et jurisprudentielle²⁷⁵⁸. Il observe, ensuite, que la Cour « *a utilisé la clause pour procéder à des jugements politiques pour lesquels [elle] n'est pas équipée et qu'[elle] n'est pas autorisée à faire* »²⁷⁵⁹. Se référant plus précisément au *balancing test* de l'arrêt *Pike*²⁷⁶⁰, il estime qu'un tel test « *invite [la Cour], voire [lui] impose, de fonctionner davantage comme un législateur qu'un juge* »²⁷⁶¹. Il considère également que le *balancing test* n'est pas fiable juridiquement puisqu'il conduit à des résultats contradictoires en raison d'une appréciation différente par les juges des intérêts en présence²⁷⁶². Il propose, en conséquence, un abandon de la doctrine de la *dormant commerce clause* et suggère, pour les taxes discriminatoires, une analyse fondée sur l'article I, §10, clause 2 de la Constitution qui interdit de « *lever des impôts [imposts] ou des droits [duties] sur les importations ou les exportations* »²⁷⁶³.

790. Une partie de la doctrine, reprise par certains juges de la Cour Suprême, a proposé une théorie permettant de concilier la *dormant commerce clause* avec le principe de répartition des compétences entre le juge et le législateur : la théorie de « la représentation politique » (“*representation-reinforcement analysis*”)²⁷⁶⁴. Cette théorie part de la prémisse que les réglementations adoptées par les Etats sont le résultat du processus démocratique. Dans l'hypothèse d'une discrimination directe, il apparaît que les intérêts des opérateurs non étatiques n'ont pas été pris en compte dans ce processus et il revient aux juridictions de « réparer » cette défaillance. En revanche, si la mesure affecte également les intérêts des opérateurs étatiques, on suppose que ceux-ci ont représenté adéquatement les intérêts de leur catégorie, indépendamment de l'origine géographique de leurs membres. Dans cette

²⁷⁵⁸ V. pp. 612-617 de l'arrêt. Le juge THOMAS s'arrête sur deux théories : la théorie de la compétence exclusive du Congrès (les Etats ne pourraient réglementer le commerce interétatique, une telle réglementation relevant de la seule compétence du Congrès aux termes de la Constitution) et la théorie de la « préemption par silence » du Congrès (le Congrès pourrait explicitement autoriser les Etats à réglementer certains aspects du commerce interétatique. En s'abstenant de donner une telle autorisation, il interdit implicitement toute action étatique). En revanche, il n'évoque pas l'interprétation téléologique de la clause de commerce, aux termes de laquelle l'attribution d'une compétence au Congrès par les pères fondateurs a résulté, avant tout, de la volonté de mettre fin aux guerres économiques entre les Etats. Or, une telle interprétation conduit logiquement à percevoir dans la clause de commerce une interdiction implicite adressée aux Etats.

²⁷⁵⁹ P. 618 de l'arrêt.

²⁷⁶⁰ *Pike*, 397 U.S. 137, préc. V. à ce propos la section 1, §1, A, 2 du présent chapitre, *supra*.

²⁷⁶¹ P. 619 de l'arrêt.

²⁷⁶² *Id.* Concernant cet argument de la fiabilité juridique, v. *infra*, C. du présent §.

²⁷⁶³ Il suggère donc un revirement de jurisprudence puisque la Cour, interprétant strictement les termes « *impost* » et « *import* », a considéré que la clause ne visait que le commerce extérieur des Etats-Unis. V. à ce propos 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 1, §1, A, *supra*.

²⁷⁶⁴ V. en particulier, sur cette théorie, J. N. EULE, “Laying the Dormant Commerce Clause to Rest”, préc.

hypothèse, le processus démocratique a correctement fonctionné, préservant des abus du législateur, et les juridictions n'ont pas à se substituer aux jugements démocratiques.

791. Cette théorie s'oppose à une théorie économique de la clause de commerce, aux termes de laquelle cette disposition aurait pour objectif de protéger le libre-échange²⁷⁶⁵. Elle permet de sanctionner certaines restrictions au commerce interétatique mais son champ d'application est limité : seules les mesures discriminatoires sont susceptibles d'être déclarées contraires à la Constitution, tandis qu'une approche économique laisse la possibilité au juge d'aller au-delà²⁷⁶⁶.

792. Des considérations relatives à cette approche politique de la clause de commerce sont présentes dans certains arrêts de la Cour Suprême. Ainsi, dans l'arrêt *Barnwell Bros., Inc.*, la Cour a relevé que « *lorsque [...] l'entrave affecte principalement ceux qui se trouvent en dehors de l'Etat, il est peu probable que l'action législative soit soumise à ces pressions politiques normalement exercées lorsqu'elle affecte des intérêts étatiques* »²⁷⁶⁷. Dans l'arrêt *Raymond Motor Transportation Inc.*, elle a constaté que le caractère discriminatoire de la mesure « *affaibli[ssait] la présomption de constitutionnalité [...], parce qu'elle remet[tait] en cause la présomption que le processus politique de l'Etat agira comme un frein sur les réglementations locales entravant excessivement le commerce interétatique* »²⁷⁶⁸. Dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Exxon Corp.*²⁷⁶⁹, le juge BLACKMUN a également rappelé qu'« *une des suppositions basiques de la clause de commerce est que les systèmes politiques locaux tendront à ne pas être réceptifs aux problèmes non ressentis par les électeurs locaux ; au contraire, on attend des unités politiques locales qu'elles agissent dans l'intérêt de leurs électeurs* »²⁷⁷⁰. Il en résulte que « *les mesures non discriminatoires sont généralement*

²⁷⁶⁵ J. N. EULE, "Laying the Dormant Commerce Clause to Rest", préc., p. 428: « *les dangers [...] du repli étatique réside dans l'éviscération du processus démocratique, non dans l'affectation du libre-échange* ».

²⁷⁶⁶ Dans plusieurs arrêts, la Cour a indiqué que le but de la clause de commerce était la création d'un espace de libre-échange et s'est fondée sur une interprétation téléologique de la disposition pour apprécier les mesures soumises à son contrôle (v. par ex. *Dilworth Co.*, 322 U.S., préc., p. 330 ; *Freeman v. Hewit*, 329 U.S., préc. p. 252 ; *Boston Stock Exchange*, 429 U.S., préc., p. 328 ; *Armco, Inc.*, 467 U.S., préc., p. 642 ; *Associated Industries of Mo.*, 511 U.S., préc., p. 650). La portée pratique d'une telle assertion est toutefois ambiguë : dans certains cas, la Cour a réduit le libre-échange à l'interdiction du protectionnisme, tandis que dans d'autres cas, elle semble avoir considéré que la notion impliquait davantage en termes de liberté des opérateurs économiques (v. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 2, section 2, §1, *supra*).

²⁷⁶⁷ *Barnwell Bros.*, 303 U.S., préc., p. 184 n.2.

²⁷⁶⁸ *Raymond Motor Transportation Inc.*, 434 U.S. 429, préc.

²⁷⁶⁹ *Exxon Corp.*, 437 U.S. 117, préc.

²⁷⁷⁰ P. 151 de l'arrêt.

[déclarées conformes à la Constitution] *parce que l'existence d'intérêts étatiques également affectés [par la mesure] constitue une sauvegarde contre les abus législatifs* »²⁷⁷¹. Toutefois, de telles considérations apparaissent sporadiques, de telle sorte que la théorie de la représentation politique demeure une explication accessoire de la clause de commerce²⁷⁷².

793. Les critiques et lectures alternatives de la clause de commerce ont, à l'évidence, contribué à modérer le contrôle des juridictions américaines. La Cour Suprême, comme les juridictions fédérales inférieures, se sont toujours montrées soucieuses de respecter les choix des législateurs étatiques.

De telles considérations sont, en revanche, quasiment absentes de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Certes, dans l'arrêt *Schindler*²⁷⁷³, la Cour a employé une formule similaire à celle que l'on trouve dans plusieurs arrêts américains. Selon les juges de Luxembourg, « *il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle des législateurs des États membres* »²⁷⁷⁴. Toutefois, la Cour n'a, à notre connaissance, quasiment jamais réemployé cette formule²⁷⁷⁵, qui semble devoir être limitée au contexte de l'arrêt²⁷⁷⁶.

Au contraire, d'autres arrêts nous semblent bien plus révélateurs d'une approche indifférente à la question de la répartition des compétences entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Ainsi, dans l'affaire *Miro BV* de 1985²⁷⁷⁷, l'Allemagne faisait, notamment, valoir que les autorités nationales étaient mieux placées que le juge pour apprécier la nécessité d'interdire aux Pays-Bas la dénomination de genièvre pour des produits ne remplissant pas certaines conditions, dans la mesure où une telle appréciation dépendait « *de la conception que l'on a des relations commerciales dans le pays concerné* »²⁷⁷⁸. La Cour a rejeté l'argument, estimant que « *l'article [34] du traité, pas plus que l'article 36 ne réserve*

²⁷⁷¹ *Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S., préc., p. 473, n. 17, repris par *West Lynn Creamery, Inc.*, 512 U.S., préc., p. 200.

²⁷⁷² En ce sens, v. D. COENEN, *The Commerce Clause*, op. cit., p. 249.

²⁷⁷³ CJCE, *Schindler*, aff. C-275/92, préc.

²⁷⁷⁴ Pt 32 de l'arrêt. Il s'agissait en l'espèce d'apprécier la moralité des loteries.

²⁷⁷⁵ Le seul arrêt que nous ayons trouvé à cet égard est l'arrêt CJCE, 20 novembre 2001, *Jany*, aff. C-268/99, *Rec.* p. I-8615 relatif à l'interprétation de l'accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la république de Pologne, d'autre part. Le propos de la Cour portait sur le caractère immoral de l'activité de prostitution.

²⁷⁷⁶ L'arrêt *Schindler* portait sur la réglementation britannique des loteries. Sur la jurisprudence de la Cour dans le domaine des jeux, v. section 1, §2 du présent chapitre, *supra*.

²⁷⁷⁷ CJCE, *Miro BV*, aff. 182/84, préc.

²⁷⁷⁸ Pt 13 de l'arrêt.

certaines matières à la compétence exclusive du législateur. Lorsqu'une législation nationale, pour satisfaire à des exigences impératives reconnues par le droit communautaire, crée des obstacles au principe fondamental de la libre circulation des marchandises, elle doit respecter les limites posées par le droit communautaire. Il appartient à la Cour, qui est en dernier lieu compétente pour interpréter le droit communautaire, et aux juridictions nationales, qui décident, sur la base de cette interprétation, de veiller sur ce respect. La thèse [...] du gouvernement allemand revient en dernière analyse à nier ce contrôle et est de ce fait contraire à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire. Elle doit donc être rejetée »²⁷⁷⁹. Si certains des arguments de la Cour de justice s'avèrent relativement convaincants – notamment en ce qui concerne l'unité du droit communautaire – on relèvera qu'ils présentent également certaines faiblesses. Ainsi, si l'on reprend l'analyse américaine, il ne s'agit pas de reconnaître la compétence exclusive du législateur étatique, comme le prétend la Cour de justice, mais d'admettre que le législateur peut être mieux placé pour procéder à certaines appréciations.

794. Plusieurs observateurs de la jurisprudence communautaire ont soulevé la question du « juge-législateur »²⁷⁸⁰. En effet, *« l'examen de proportionnalité conduit inmanquablement la Cour à porter une appréciation sur l'opportunité des législations nationales »*²⁷⁸¹. Ainsi, pour le professeur POIARES MADURO, permettre à *« la Cour de mettre en balance les coûts et les bénéfices de certaines mesures par le biais d'un test de proportionnalité signifie, dans une large mesure, la rendre responsable pour définir les politiques régulatrices des Etats. [...] Surtout, [cela] pose des questions de légitimité, ce qui a des conséquences sur l'acceptation de [ses] décisions et leur autorité »*²⁷⁸². Dans le même sens, Mme VOLLOT-BRUNEAU considère que *« le contrôle de proportionnalité peut amener la Cour à aller au-delà de son rôle de juge pour endosser celui d'« autorité de proposition normative », tâche qui ne lui incombe guère au regard du traité CE et du principe de séparation des pouvoirs »*²⁷⁸³.

795. L'activisme de la Cour interpelle d'autant plus que l'on peut percevoir, au moins dans

²⁷⁷⁹ Pt 14 de l'arrêt.

²⁷⁸⁰ V. not. H. RASMUSSEN, "Between Self-Restraint and Activism: A Judicial Policy for the European Court of Justice", *E.L.Rev.*, vol. 13, 1988, p. 28 ; F. JACOBS, "Recent Developments in the Principle of Proportionality", *op. cit.*, p. 20 ; H. MUIR WATT, "Experiences From Europe...", *préc.*, p. 451 ; C. BARNARD, *The substantive law of the EU...*, *op. cit.*, p. 19 ; N. REICH, "How proportionate is the proportionality principle ?", *préc.*

²⁷⁸¹ R. JOLIET, « La libre circulation des marchandises... », *préc.*, p. 146.

²⁷⁸² M. POIARES MADURO, *We the Court...*, *op. cit.*, p. 59. V. également M. POIARES MADURO, "Reforming the Market or the State?...", *préc.*, pp. 57 et s.

²⁷⁸³ C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables...*, *op. cit.*, p. 340.

certaines affaires, sa « *préférence pour l'autonomie privée des opérateurs et des consommateurs sur la réglementation publique* »²⁷⁸⁴. Or, une telle préférence ne conduit pas seulement à une libéralisation des échanges inter-étatiques, mais à la libéralisation de l'économie, en général²⁷⁸⁵. La Cour de justice s'est donc instituée « *en arbitre ultime du choix entre réglementation et déréglementation en Europe* »²⁷⁸⁶, privilégiant la seconde option sur la première²⁷⁸⁷.

796. Un exemple, à notre sens, emblématique de cette tendance est l'arrêt *Caixa Bank* de 2004. En l'espèce, la Cour de justice a jugé contraire à l'article 43 CE (devenu article 49 TFUE), l'interdiction française de rémunération des comptes de dépôt à vue. Les autorités françaises justifiaient cette interdiction par la volonté de protéger les consommateurs et d'encourager l'épargne à moyen et à long terme. La Cour de justice a considéré que la mesure rendait plus difficile l'accès au marché pour les établissements de crédit, filiales de sociétés étrangères, et qu'elle n'était pas nécessaire pour atteindre les objectifs invoqués. Or, le caractère disproportionné de la réglementation était, comme l'a montré le professeur SPAVENTA dans sa note relative à l'arrêt²⁷⁸⁸, discutable. Montrant, tout d'abord, que la qualification de restriction à la liberté d'établissement posait problème, dans la mesure où la réglementation n'empêchait pas d'accéder au marché²⁷⁸⁹, le professeur SPAVENTA a, ensuite, relevé le caractère très lapidaire du contrôle de proportionnalité. Or, le gouvernement français disposait d'arguments solides en faveur de la réglementation : la rémunération des comptes entraînerait, corrélativement, une augmentation des frais facturés aux clients. Le mécanisme pourrait donc s'avérer désavantageux pour les clients aux ressources limitées, qui ne percevraient pas d'intérêts, ou très peu, mais devraient payer davantage pour disposer de services bancaires. De même, le mécanisme serait susceptible de décourager l'épargne. A cet égard, la Cour se contente d'observer que la « *mesure [...] va au-delà de ce qui est nécessaire*

²⁷⁸⁴ S. WEATHERILL, "Pre-emption, Harmonisation...", *op. cit.*, p. 47.

²⁷⁸⁵ Toutefois, pour le professeur AZOULAI, « *la construction européenne procède d'un processus d'intégration marchande et non d'un processus de libéralisation économique* » (L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », *op. cit.*, p. 288).

²⁷⁸⁶ L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », *op. cit.*, p. 289.

²⁷⁸⁷ Comme l'a relevé le professeur WEATHERILL, « *la plupart des affaires soumises à la Cour sont décidées de manière défavorable aux Etats* » (S. WEATHERILL, "Pre-emption, Harmonisation...", *op. cit.*, p. 47).

²⁷⁸⁸ E. SPAVENTA, Note sous l'arrêt *CaixaBank*, préc., p. 1151.

²⁷⁸⁹ V. à ce propos 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 3, *supra*.

pour atteindre cet objectif», sans analyser de quelconques alternatives²⁷⁹⁰. Il en résulte, pour reprendre les termes du professeur SPAVENTA, que « *l'affaire est exemplaire des questions soulevées lorsqu'une juridiction supranationale décide de substituer son propre jugement à celle du législateur compétent* »²⁷⁹¹. Nous partageons cette analyse. La pertinence et la nécessité de la mesure sont, certes, discutables en l'espèce. Mais, d'un point de vue démocratique, il nous semble problématique que la Cour, sans jamais s'interroger sur ce point, substitue son appréciation à celle d'une assemblée élue, alors que le caractère restrictif de la mesure est limité²⁷⁹². Dans une telle hypothèse, le contrôle de proportionnalité devrait, selon nous, être réduit de sorte à ne sanctionner que les mesures inaptes à remplir l'objectif allégué. Le professeur BARNARD a défendu une telle position. Elle a, en effet, suggéré de suivre l'approche américaine et de présumer la conformité au traité des mesures non-discriminatoires. Une telle présomption pourrait être renversée et la mesure déclarée contraire au traité à la condition de démontrer que « *la justification est un vernis ou que les effets restrictifs sont excessifs* »²⁷⁹³.

797. Quelles que soient les critiques que l'on peut adresser à chacune des juridictions concernant leur positionnement par rapport aux autres pouvoirs, il importe surtout de constater que les degrés disparates des contrôles sont révélateurs de choix politiques et institutionnels différents. Si un contrôle limité à la détection du protectionnisme ne permet pas une ouverture des marchés aussi large qu'un contrôle fondé sur la reconnaissance mutuelle et l'accès au marché, en revanche, il « *bénéficie d'une valeur démocratique supérieure* »²⁷⁹⁴. De manière générale, l'Etat est perçu comme étant mieux placé pour évaluer les coûts et les

²⁷⁹⁰ La brièveté de l'analyse s'explique peut-être par le caractère isolé de la réglementation française. En effet, comme nous l'avons précédemment relevé (section 1, §2, B, 2, γ du présent chapitre, *supra*), la France était l'un des seuls pays à interdire la rémunération des comptes de dépôt à vue. La nécessité de la mesure était donc fortement discutable. Il nous semble, néanmoins, que si cet élément de droit comparé a déterminé la décision de la Cour, il aurait dû apparaître clairement dans l'analyse.

²⁷⁹¹ *Id.*

²⁷⁹² En ce sens que la mesure n'est pas discriminatoire, qu'elle n'impose pas une « double charge » (v. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 2, *supra*) et qu'elle n'empêche pas formellement d'accéder au marché. Le seul effet restrictif qui puisse éventuellement lui être reproché est de gêner l'exercice de l'activité.

²⁷⁹³ C. BARNARD, "Restricting Restrictions...", préc., p. 604.

Il est toutefois intéressant d'observer que les Etats membres de l'Union eux-mêmes contestent peu le contrôle des juridictions, et ce, même si ce contrôle circonscrit fortement leur liberté d'action. C'est que, comme l'explique le professeur SHAPIRO, les Etats ont un intérêt à ce que les gouvernements qui ne respectent pas le jeu du marché intérieur soient sanctionnés (M. SHAPIRO, "The U.S. Supreme Court and the European Court of Justice Compared", in A. MENON and M. SCHAIN (eds.), *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, OUP, 2006, p. 195, spéc. p. 205.)

²⁷⁹⁴ M. POIARES MADURO, *We the Court...*, op. cit., p. 145.

bénéfices de ses réglementations en raison de sa meilleure « *connaissance des traditions culturelles, des structures du marché, des comportements sociaux et de l'histoire* »²⁷⁹⁵. Toutefois, les Etats ne perçoivent pas nécessairement les effets de la fragmentation législative, « *les processus nationaux de prise de décision [étant] enfermés dans des cadres territoriaux et personnels purement nationaux* »²⁷⁹⁶. Un contrôle juridictionnel aboutissant à éliminer les réglementations non nécessaires, fluidifiant ainsi l'accès aux différents marchés, et imposant une réforme des comportements étatiques, afin que les intérêts communs soient pris en compte, peut alors apparaître nécessaire dans la perspective de construction d'un marché intérieur²⁷⁹⁷.

798. Par ailleurs, les différences observées dans les approches des juges américain et communautaire sont révélatrices d'une conception différente du rôle du juge. La position du juge américain est, à notre sens, typiquement « fédéraliste »²⁷⁹⁸ : le juge fédéral est le garant de la répartition des compétences entre la fédération et les Etats fédérés, de même qu'il veille à ce que, au niveau fédéral, chacun des trois pouvoirs n'empiète pas sur les compétences des deux autres. La Cour de justice ne se situe pas dans une telle perspective : son rôle est, dans le cadre du marché intérieur, seulement de garantir une application efficace et uniforme du droit communautaire. Il en résulte que la question de la répartition des compétences entre le juge communautaire et le législateur national est totalement accessoire et qu'elle ne saurait, en tout état de cause, affaiblir la portée du droit communautaire. Une telle approche, si elle peut éventuellement être critiquée, est toutefois conforme au traité : aucun domaine n'échappe au principe d'interdiction des entraves aux libertés de circulation, au motif qu'il relèverait d'une compétence de l'Etat²⁷⁹⁹. La portée finaliste des dispositions du traité relatives aux libertés de circulation – qui doivent permettre la réalisation du marché intérieur – et leur interprétation

²⁷⁹⁵ *Id.*

²⁷⁹⁶ L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes... », préc., p. 40. Dans le même sens, v. A. BAVASSO and D. O'KEEFE, "Four freedoms, one market...", *op. cit.*, p. 550 et S. WEATHERILL, "Pre-emption, Harmonisation...", *op. cit.*, p. 67.

²⁷⁹⁷ Le professeur POIARES MADURO a suggéré que l'approche plus offensive de la Cour de justice par rapport à la Cour Suprême pouvait également s'expliquer par la circonstance que les marchés intérieurs de l'UE et des Etats-Unis se trouvaient à des stades différents : le premier serait encore en voie de construction, tandis que le second serait déjà établi. Il en résulterait que de simples règles de fonctionnement, basées sur le principe de non-discrimination seraient suffisantes aux Etats-Unis (M. POIARES MADURO, *We the Court...*, *op. cit.*, p. 88). Nous reviendrons sur cette explication, partiellement convaincante, selon nous, en conclusion.

²⁷⁹⁸ V. à ce propos, 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, §2, B, 1, *supra*.

²⁷⁹⁹ V. not. D. RITLENG, « Les Etats membres face aux entraves », *op. cit.*, pp. 304-306.

téléologique²⁸⁰⁰ s'opposent, en réalité, à une approche « fédéraliste » en termes de répartition des compétences.

799. Cette indifférence relative à la question de la répartition des compétences, si elle est conforme au traité, ne doit toutefois pas empêcher une réflexion sur le contrôle de proportionnalité, dès lors que celui-ci est associé à une conception très large de l'entrave, conduisant à l'appliquer à la quasi-totalité des mesures nationales contestées.

C. Le contrôle de proportionnalité : un instrument adéquat d'appréciation des mesures nationales ?

800. Le contrôle de proportionnalité permet de prendre en compte une pluralité de facteurs pour parvenir au compromis le plus satisfaisant entre les exigences du marché intérieur et la nécessité pour les Etats de protéger certains intérêts non économiques²⁸⁰¹. Cet avantage incontestable ne doit toutefois pas occulter les inconvénients de ce contrôle.

801. De manière générale, un contrôle fondé sur les objectifs poursuivis par le législateur soulève un certain nombre de questions²⁸⁰². Le professeur BREST a distingué quatre principales objections à une analyse centrée sur les objectifs d'une mesure²⁸⁰³. Premièrement, l'« *ascertainability objection* » : il est toujours délicat de déterminer la véritable intention du législateur. Le contrôle est donc subjectif et son résultat, incertain. Deuxièmement, la « *futility objection* » : une analyse fondée sur les motivations incite seulement le législateur à dissimuler ses véritables motifs, ce qui, paradoxalement, rend le contrôle du juge plus difficile. Troisièmement, la « *disutility objection* » : un tel contrôle, en raison de son caractère subjectif, comporte un risque d'erreur pouvant conduire à l'invalidation de législations « légitimes ». Quatrièmement, l'« *impropriety objection* » : l'examen des objectifs du législateur et une appréciation de leur opportunité peuvent être considérés comme une

²⁸⁰⁰ V. en ce sens les conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt CJCE, 16 octobre 2008, *Holmqvist*, aff. C-310/07, *Rec.* p. I-7871 : « l'interprétation téléologique constitue le modèle herméneutique le plus important utilisé par la Cour. Les objectifs poursuivis par un texte normatif servent à interpréter ses dispositions ».

²⁸⁰¹ En ce sens, v. W. WILS, "The Search for the Rule...", préc., pp. 478-479.

²⁸⁰² V. not. en ce sens M. DE WOLF, *Souveraineté fiscale...*, *op. cit.*, p. 162.

²⁸⁰³ P. BREST, "Palmer v. Thompson : An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive", *Sup. Ct. Rev.*, 1971, p. 95, *spéc.* pp. 119-130. V. également, C. GAGE O'GRADY, "Targeting State Protectionism...", préc., pp. 595 et s.

intrusion dans le processus politique²⁸⁰⁴.

802. Par ailleurs, un tel contrôle suppose une volonté claire du législateur étatique. Or, en pratique, les buts poursuivis peuvent être nombreux, obscurs et parfois contradictoires, la loi étant le résultat d'un compromis politique²⁸⁰⁵. En ce sens, le professeur DE SADELEER a relevé que, « [a]ppréciables à la lumière d'un seul intérêt à protéger, certaines mesures paraissent proportionnées. Il peut en aller autrement si elles sont examinées à l'aune d'intérêts antagonistes. En d'autres termes, ce qui paraît efficace à l'auteur de la norme ne l'est pas nécessairement aux yeux de ses administrés. Aussi n'est-il pas toujours aisé de déterminer quelle est la « plus efficace », la « plus proportionnée », voire la « moins restrictive » des mesures envisagées. N'étant pas nécessairement neutre, le test de nécessité peut dès lors masquer des appréciations subjectives sur les intérêts en conflit »²⁸⁰⁶.

803. Ces objections doivent, toutefois, être relativisées dans le contexte du contentieux des libertés de circulation²⁸⁰⁷. En effet, comme nous l'avons précédemment relevé, il est rare que les juridictions remettent en cause l'objectif allégué par l'Etat. Le contrôle de proportionnalité, qui impose de recourir à un faisceau d'indices – aptitude de la mesure à atteindre la finalité prétendue, examen des travaux préparatoires, analyse des effets de la réglementation, etc. – permet d'écarter les mesures dont il apparaît clairement qu'elles ne poursuivent pas les objectifs avancés par l'Etat. Il ne conduit toutefois pas à une remise en cause générale des motivations du législateur et préserve la présomption selon laquelle l'Etat a agi de bonne foi.

804. Au-delà de ces critiques propres au contrôle des objectifs, le contrôle de proportionnalité, qui intervient en aval, présente également certaines faiblesses. Le professeur DENNING a très clairement synthétisé ces faiblesses : « [l]e *balancing* [test] oblige les Cours, sur la base d'informations limitées, à apprécier les jugements législatifs concernant des [questions] difficilement réductibles à un système de mesures communes. [...] Le

²⁸⁰⁴ A ce propos, v. B, 2 du présent §, *supra*.

²⁸⁰⁵ Sur les difficultés à déterminer si un objectif donné a été déterminant dans l'adoption de la loi, v. D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", préc., pp. 1143-1160. V. également l'opinion dissidente du juge REHNQUIST dans l'arrêt *Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S., préc., pp. 702-704. Celui-ci reproche à l'opinion majoritaire de supposer que les législateurs sont motivés par un objectif facilement identifiable et d'ignorer le fait que les membres du corps législatif peuvent voter en faveur d'une législation pour des motifs différents.

²⁸⁰⁶ N. DE SADELEER, « L'examen au regard de l'article 28 CE... », préc., p. 249.

²⁸⁰⁷ Pour une défense du contrôle de proportionnalité dans le cadre du contentieux de la *dormant commerce clause*, v. C. GAGE O'GRADY, "Targeting State Protectionism...", préc., pp. 595 et s.

balancing [test] soulève des questions concernant la compétence institutionnelle des juridictions (compte tenu de leur connaissance limitée de l'ensemble des faits), suscite des problèmes institutionnels en créant des frictions entre elles et les législatures élues, et augmente les coûts du contentieux pour les parties en raison de l'utilisation d'un standard imprévisible et instable. Le *balancing* [test] est susceptible de générer un certain nombre d'erreurs judiciaires [...] »²⁸⁰⁸. Les critiques sont ici de deux ordres : le critère employé serait imprévisible et instable, ce qui augmenterait les coûts du contentieux, d'une part (1) ; les juges ne disposeraient pas nécessairement de l'expertise nécessaire, ce qui engendrerait un risque d'erreurs judiciaires, d'autre part (2)²⁸⁰⁹.

1. Un contrôle source d'incertitudes juridiques

805. Tout d'abord, le test de proportionnalité apparaît relativement empirique, même s'il a été largement systématisé dans la jurisprudence communautaire. Cet empirisme affecte substantiellement la prévisibilité du résultat du contrôle²⁸¹⁰. Or, « le Droit [...] a [...] une fonction à remplir. Fonction de stabilité, fonction de sécurité. L'individu ne se sent protégé par le Droit que lorsqu'il peut prévoir quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer »²⁸¹¹. A défaut d'une jurisprudence clairement établie sur un type de réglementations, les Etats ignorent par avance quel sort réservera le juge à leurs mesures. Comme l'a souligné l'avocat général JACOBS dans ses conclusions sous l'arrêt *Danner*²⁸¹², « la mission primordiale de la Cour en matière préjudicielle [est] de dire clairement et avec cohérence [...] ce qu'est le droit [...] »²⁸¹³. Or, pour reprendre, ses termes, les incertitudes jurisprudentielles sont susceptibles « de causer des dommages économiques substantiels aux

²⁸⁰⁸ B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", préc., p. 494.

²⁸⁰⁹ Le professeur WILS distingue, pour sa part, deux critères d'appréciation des tests employés pour apprécier les réglementations étatiques : le critère de l'« *error costs* », qui implique d'évaluer les risques d'« erreurs judiciaires », c'est-à-dire, les risques que le résultat auquel parvient le juge ne corresponde pas à l'objectif recherché, et le critère de l'« *administrative costs* », qui implique de mesurer les coûts administratifs impliqués par le test. De tels coûts s'apprécient au regard du nombre d'affaires traitées, des difficultés à les résoudre, de l'accès à l'information par les parties et de la facilité à comprendre la règle (W. WILS, "The Search for the Rule...", préc., p. 480). Apprécie au regard de ces critères, le contrôle de proportionnalité apparaît partiellement défaillant. Relevons, cependant, que le professeur WILS défend, dans son article, une application large du test de proportionnalité (v. pp. 488 et s.).

²⁸¹⁰ En ce sens, v. H. A. LINDE, "Transportation and State Laws...", *op. cit.*, pp. 169-170.

²⁸¹¹ J. RIVERO, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *D.* 1951, Chron., p. 23. Cité par P. MADDALON, *La notion de marché...*, *op. cit.*, p. 4.

²⁸¹² CJCE, *Danner*, aff. C-136/00, préc.

²⁸¹³ Pt 38 des conclusions.

gouvernements, aux entreprises et aux citoyens »²⁸¹⁴.

806. De telles incertitudes sont sources d'inefficacité politique puisqu'elles peuvent, dans certains cas, retarder, voire paralyser l'action politique. L'invalidation de réglementations, dont la contrariété avec le traité n'était pas évidente, est également lourde de conséquences : apparition d'un vide juridique, nécessité d'un travail législatif pour élaborer une nouvelle réglementation, contentieux visant à réparer les conséquences dommageables des réglementations déclarées contraires au traité.

807. De même, ces incertitudes peuvent inhiber l'action des opérateurs économiques. Dans l'Union européenne, le principe de reconnaissance mutuelle leur permet, en principe, de produire des marchandises standardisées à l'échelle du marché intérieur. De même, peuvent-ils, en principe, accéder à l'ensemble des marchés nationaux sans avoir à subir des procédures lourdes d'accès. Toutefois, l'existence d'exceptions, permettant aux Etats de maintenir certaines exigences spécifiques sur leur territoire, et, surtout, l'exercice d'un contrôle de proportionnalité pour apprécier ces exceptions rendent incertaines les possibilités offertes aux opérateurs économiques. Aussi, pour le professeur WEILER, « *la 'reconnaissance mutuelle' ou le fonctionnalisme parallèle a, peut-être été un progrès intellectuel mais un échec du point de vue du marché. Il y a plusieurs raisons à cela. La plus importante est infiniment banale : des marchandises qui ne remplissent pas les standards techniques de l'Etat d'importation peuvent ne pas y être commercialisées. Certes, une action judiciaire peut être engagée, la victoire peut même être remportée. Mais d'un point de vue commercial, c'est un non sens. Personne ne peut concevoir, produire et mettre dans le commerce une marchandise en espérant qu'éventuellement une décision judiciaire imposera la reconnaissance mutuelle ou le parallélisme fonctionnel* »²⁸¹⁵. Les institutions communautaires ont pu, dans une certaine mesure, observer ce relatif échec. Ainsi, en 2008, le législateur constatait que « [I]a bonne application du principe de reconnaissance mutuelle par les États membres continue de poser de nombreux problèmes. [...] Des enquêtes ont montré que de nombreuses entreprises, en

²⁸¹⁴ Pt 39 des conclusions.

²⁸¹⁵ J. H. H. WEILER, "The Constitution of the Common Market place...", *op. cit.*, p. 368. V. également R. PERISSICH, « 20 après, le marché unique reste une priorité de l'UE », Notre Europe, Institut Jacques Delors, Tribune du 29 novembre 2012 (article disponible en ligne : <http://www.notre-europe.eu/media/marcheuniqueprioriteue-perissich-ne-ijd-nov12.pdf>), pp. 2-3 : « [la reconnaissance mutuelle] pouvait néanmoins être contestée auprès des tribunaux nationaux ou de la Cour de justice, procédure qui pouvait s'avérer longue, imprévisible et coûteuse, surtout pour les PME. [...] C'est pourquoi, les entreprises ont demandé une réglementation aussi limitée que possible, tout en réclamant une sécurité juridique, ce qui a conduit à une situation paradoxale : des sociétés exigeaient une directive dans des cas où, selon la Commission, la reconnaissance mutuelle aurait suffi ».

*particulier les petites et moyennes entreprises (PME), adaptent leurs produits afin de se conformer aux règles techniques des États membres ou s'abstiennent de les commercialiser dans ces États membres »*²⁸¹⁶.

808. L'action du législateur communautaire permet, toutefois, de relativiser ces critiques. En matière de libre circulation des marchandises, des mécanismes de prévention des entraves ont été mis en œuvre, permettant de limiter les risques contentieux²⁸¹⁷. Ont ainsi été organisées une procédure en amont, qui implique la notification des règles techniques à la Commission, permettant à celle-ci de détecter par anticipation d'éventuelles entraves²⁸¹⁸ et une procédure en aval, obligeant les Etats à respecter certaines formalités lorsqu'ils entendent interdire la commercialisation d'une marchandise ou demander la modification ou le retrait d'un produit²⁸¹⁹.

En matière de libre prestation de services, la transposition de la directive « services » a conduit à un examen systématique de l'ensemble des législations nationales affectant l'exercice des activités économiques non salariées²⁸²⁰. Cet examen a permis de supprimer un grand nombre de restrictions²⁸²¹ et de limiter, comme en matière de marchandises, les risques de contentieux futurs. En outre, toute nouvelle mesure des Etats entrant dans le champ d'application de la directive doit désormais être notifiée à la Commission²⁸²².

En outre l'harmonisation croissante des réglementations étatiques conduit à examiner les mesures étatiques non plus à l'aune des dispositions du traité, mais à l'aune des dispositions

²⁸¹⁶ 4^{ème} considérant du règlement CE n° 764/2008, préc.

²⁸¹⁷ Sur ces mécanismes, v. not. R. KOVAR, « Le législateur communautaire encadre le régime de la mise des produits dans le marché intérieur », *RTDE*, n°2, 2008, p.289 ; B. RAEVENS, « Le règlement 764/2008 : vers une consolidation de la reconnaissance mutuelle des produits », *JDE*, n° 159, 2009, p. 131.

²⁸¹⁸ Directive 83/189/CEE du Conseil du 28 mars 1983 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO L 109 p. 8), remplacée par la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO L 204 p. 37).

²⁸¹⁹ V. la décision n° 3052/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1995, établissant une procédure d'information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté (JO L 321 p. 1) et le règlement CE n° 764/2008, préc.

²⁸²⁰ V. article 39 de la directive 2006/123, préc. Sur la transposition de la directive, v. J. SIRINELLI, « La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique », *RDP*, n° 4, 2011, p. 883.

²⁸²¹ En France, la transposition de la directive a nécessité l'adoption de treize textes de niveau législatif et de plus de soixante-dix textes de niveau réglementaire. V. à ce propos H. MACHART, « La directive Services : de sa transposition à sa bonne application », *CJFI*, n° 67, 2012, p. 42.

²⁸²² V. articles 15, §7 et 39, §5 de la directive. Pour de plus amples développements sur la procédure de notification, v. H. MACHART, « La directive Services... », préc., pp. 44-45.

du droit dérivé, dont le contenu est plus précis²⁸²³. Il en résulte que le contrôle de proportionnalité mis en œuvre dans le cadre des dispositions relatives aux libertés de circulation n'a vocation à s'appliquer, à l'avenir, qu'à un nombre de plus en plus restreint de mesures.

2. L'expertise en question

809. Ensuite, ce test est susceptible de conduire à un certain nombre d'« erreurs judiciaires » en raison, notamment, du degré d'expertise qu'il suppose de la part des juridictions. En effet, il implique de la part des juges d'apprécier l'efficacité et la nécessité d'une mesure dans un nombre de domaines très variés. La question de la capacité du juge à remplir une telle fonction a été clairement posée aux Etats-Unis²⁸²⁴. Ainsi, pour la Cour d'appel du 8^{ème} circuit, « *nous ne pouvons pas affirmer avec certitude qu'une alternative permettra d'atteindre les objectifs [de la mesure] parce que nous ne sommes pas institutionnellement en capacité de réunir les informations nécessaires pour faire des prédictions économiques et nous ne sommes pas formés professionnellement à le faire* »²⁸²⁵. Dans l'Union européenne, la doctrine a également pu soulever cette question de l'expertise des juges. Ainsi, de manière sans doute provocatrice, le professeur DE SADELEER s'interroge : « [le juge communautaire] [p]eut-il censurer le législateur ou l'administrateur alors qu'aucun savoir ne le désigne comme plus expert que celui qu'il contrôle ? Cette exigence ne revient-elle pas en fin de compte à permettre au moins compétent de dire que le plus érudit s'est trompé ? »²⁸²⁶. Le professeur POIARES MADURO constate également que le juge n'est peut être pas le mieux placé pour apprécier la nécessité et la proportionnalité des mesures restrictives des libertés de circulation. En effet, « [l]a capacité des juridictions est limitée par leurs structures [...]. En outre, elles manquent souvent d'expertise et ont des coûts administratifs importants, elles rencontrent des problèmes d'information et peuvent

²⁸²³ V. à ce propos titre 1, chapitre 1 de la présente partie, *supra*. Le professeur MICHEL souligne, à cet égard, les bienfaits de la codification du droit et son apport dans la réalisation du marché intérieur (V. MICHEL, « Le législateur européen et l'entrave », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 283, *spéc.* pp. 285-291).

²⁸²⁴ V. par ex. L. HEINZERLING, "The Commercial Constitution", *préc.*, pp 247 et s.

²⁸²⁵ S.D. Farm Bureau, Inc. v. Hazeltine, 340 F.3d 583, 597 (8th Cir. 2003). V. également *General Motors Corp.*, 519 U.S., *préc.*, p. 308.

²⁸²⁶ N. DE SADELEER, « L'examen au regard de l'article 28 CE... », *préc.*, p. 249. V. également H.-C.VON HEYDEBRAND ud. LASA, "Free movement of Foodstuffs...", *préc.*, p. 415.

*adopter des décisions sans avoir entendu certains des intérêts affectés »*²⁸²⁷.

810. Il en a résulté que, dans un certain nombre d'affaires, la solution à laquelle sont parvenues les juridictions a pu être contestée, celle-ci apparaissant davantage guidée par l'intuition que par une démonstration objective²⁸²⁸. On relèvera également l'existence de contradictions entre les arrêts ou de subtilités sybillines, révélatrices des doutes des juridictions sur le bien-fondé de leurs décisions dans certains cas d'espèce²⁸²⁹. Les divergences entre les conclusions des avocats généraux et les décisions de la Cour de justice soulignent, par ailleurs, les difficultés soulevées par le contrôle de proportionnalité et la part irréductible de subjectivité qu'il implique. Ainsi, dans l'arrêt « *cyclomoteurs* »²⁸³⁰, l'avocat général BOT avait conclu au caractère disproportionné de la réglementation italienne interdisant d'atteler une remorque aux cyclomoteurs, motocyclistes, tricycles et quadricycles. Si l'objectif de protection de la sécurité routière était, selon lui légitime, en revanche, des alternatives moins restrictives permettaient de l'atteindre. La Cour de justice a, au contraire, reconnu une certaine marge de manœuvre à l'Etat et a jugé qu'il n'était pas démontré que « *la sécurité routière pourrait être assurée au même niveau que celui envisagé par la République italienne par une interdiction partielle de circulation d'un tel ensemble ou par une autorisation de circulation dont la délivrance serait subordonnée au respect de certaines conditions* »²⁸³¹.

²⁸²⁷ M. POIARES MADURO, *We the Court...*, *op. cit.*, p. 59. V. également M. POIARES MADURO, "Reforming the Market or the State?...", *préc.*, p. 60. Les propos du professeur MADURO montrent qu'il ne s'agit pas seulement d'une question d'expertise du juge. Ce problème est davantage un symptôme que la réelle cause des inconvénients du contrôle de proportionnalité. Il révèle l'inadéquation partielle des procédures – qui reposent sur un échange d'informations relativement simples et des présomptions – et des critères mis en œuvre – analyses de plus en plus économiques de l'entrave (v. à ce propos 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 3, section 2, *supra*) ainsi que du contrôle approfondi de la proportionnalité des mesures. Par comparaison, des instruments d'analyse spécifiques ont été mis en œuvre en droit de la concurrence (délimitation des marchés pertinents par exemple) afin de pouvoir procéder aux appréciations économiques qu'implique ce contentieux. Aussi pourrait-on considérer que sous une apparence technique, il s'agit avant tout de problèmes politiques d'adaptation des juridictions et des moyens attribués au juge pour remplir son office.

²⁸²⁸ J. SNELL, "The notion of market access...", *préc.*, p. 437.

²⁸²⁹ La jurisprudence révèle ainsi quelques cas de revirements fondés sur une appréciation différente de la proportionnalité de la mesure litigieuse. V. par ex. CJCE, *Delhaize et Le Lion*, aff. C-47/90, *préc.*, renversé in CJCE, *Belgique c/ Espagne*, aff. C-388/95, *préc.*

²⁸³⁰ CJCE, *cyclomoteurs*, aff. C-110/05, *préc.*

²⁸³¹ Pt 68. Mme RIGAUX s'est étonnée à cet égard de la clémence de la Cour dans une affaire qui impliquait une entrave substantielle puisqu'il s'agissait d'une interdiction totale d'utilisation (v. A. RIGAUX, « note sous l'arrêt *Commission c/ Italie* », *Europe*, avr. 2009, comm. 158, *préc.*).

Conclusion du titre

811. Le contrôle de proportionnalité constitue, à bien des égards, un contrôle approprié dans la mesure où il permet, contrairement à d'autres types de tests, de prendre en compte l'ensemble des facteurs en jeu et d'adopter la décision la plus adaptée aux circonstances de chaque affaire²⁸³². Il présente, néanmoins, un certain nombre de faiblesses qui, à notre sens, ne doivent pas être négligées, dès lors que le filtre préalable que constitue la qualification d'entrave est particulièrement poreux. Aussi partageons nous l'analyse de certains auteurs²⁸³³ qui suggèrent de définir plus strictement le critère de l'entrave ou de moduler davantage le degré du contrôle de proportionnalité en fonction du degré de la restriction ou du domaine concerné. Ainsi le professeur CARLIER a proposé de faire « *un usage différencié du principe de proportionnalité selon le type d'entrave concernée* »²⁸³⁴. « *Le critère de proportionnalité s'appliquerait aux entraves discriminatoires indirectes* »²⁸³⁵, tandis que serait appliqué un critère de « disproportionnalité » aux entraves indistinctement applicables : celles-ci seraient acceptables sauf si le sujet renversait cette présomption en démontrant que la mesure ne poursuit pas un objectif légitime ou qu'il l'est par des moyens inefficaces et non nécessaires²⁸³⁶. Il en va, selon lui, « *d'une approche jurisprudentielle de type constitutionnel plus rigoureuse* »²⁸³⁷.

812. Ces suggestions montrent que des alternatives au contrôle de la Cour de justice, tel qu'il est appliqué aujourd'hui, sont envisageables. L'association d'une jurisprudence stricte et vigoureuse et d'une activité législative relativement intense a déjà permis l'élimination d'un très grand nombre d'entraves. Par ailleurs, le rejet d'un recours par la Cour de justice ne

²⁸³² Ainsi, un test uniquement fondé sur le critère de la discrimination méconnaît le fait que des mesures non discriminatoires peuvent affecter substantiellement les libertés de circulation. V. en ce sens, W. WILS, "The Search for the Rule...", préc., p. 487.

²⁸³³ V. par ex. C. BARNARD, "Restricting Restrictions...", préc., p. 604 ; N. REICH, "How proportionate is the proportionality principle ?...", préc.

²⁸³⁴ J.-Y. CARLIER, « Libre circulation des travailleurs, citoyenneté et circulation libre des personnes », in O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL, *Une Constitution pour l'Europe : réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004, p. 143, spéc. p. 153.

²⁸³⁵ *Id.*

²⁸³⁶ J.-Y. CARLIER, « Libre circulation des travailleurs... », préc., 154.

²⁸³⁷ *Id.*

signifie nullement que la restriction dont s'est plaint l'opérateur économique ou le citoyen va persister. Il est en effet loisible au législateur communautaire d'intervenir pour harmoniser les législations nationales. La Cour Suprême des Etats-Unis a souvent renvoyé les plaignants vers le Congrès²⁸³⁸. La Cour de justice a également pu recourir à une telle méthode, même si un tel renvoi demeure rare dans sa jurisprudence²⁸³⁹. Dès lors, il pourrait être envisagé, comme l'ont évoqué certains auteurs, d'évoluer vers un contrôle plus souple, se rapprochant du contrôle effectué par les juridictions américaines²⁸⁴⁰.

²⁸³⁸ V. par ex. *Moorman Mfg. Co. v. Bair*, 437 U.S. 267, 280 (1978).

²⁸³⁹ CJCE, *Kaasfabriek Eyssen*, aff. 53/80, préc., pt 15 ; CJCE, *Cartesio*, aff. C-210/06, préc., pt 108. Sans renvoyer expressément au législateur communautaire, la Cour a pu observer dans certaines affaires que, en l'absence d'harmonisation, une mesure relevait de la compétence du législateur national et ne constituait pas une entrave. En conséquence, la solution relève du pouvoir législatif et non du juge (v. par ex. CJCE, *Sodemare*, aff. C-70/95, préc.).

²⁸⁴⁰ V. par ex. C. BARNARD, "Restricting Restrictions...", préc.

Conclusion de la deuxième partie

813. Les contrôles des juridictions américaine et communautaire sont révélatrices des méthodes de l'intégration juridique.

Les réglementations étatiques sont, d'une part, subordonnées aux réglementations supra-étatiques. Les disparités réglementaires, sources de restrictions aux libertés de circulation, sont ainsi remplacées par une norme commune, permettant aux opérateurs économiques d'évoluer dans un espace juridique relativement uniforme. Dans ce cadre, les Etats ne perdent pas toute compétence mais le juge, appliquant le principe de primauté, vérifie que le législateur étatique respecte le cadre tracé par le législateur supra-étatique. Cet examen est commun aux juridictions américaine et communautaire.

En l'absence d'intervention du législateur supra-étatique, les réglementations étatiques sont, d'autre part, subordonnées aux dispositions « constitutionnelles » interdisant, directement ou indirectement, les restrictions aux libertés de circulation. Ces interdictions doivent, cependant, se concilier avec les compétences que les Etats ont conservées. Aux Etats-Unis comme dans l'Union européenne, l'exercice de ces compétences se heurte à une règle commune : l'interdiction du protectionnisme économique. Les Etats ne peuvent donc jamais s'appuyer sur l'existence d'une compétence pour protéger leurs intérêts économiques propres, au détriment des intérêts économiques des autres Etats de l'Union. C'est là le principe cardinal du marché intérieur. L'arbitrage entre les libertés de circulation et les compétences des Etats ne s'opère donc réellement qu'en présence d'intérêts légitimes, non protectionnistes. Les juridictions ont choisi, dans ce cadre, une méthode de conciliation similaire : elles mettent en balance l'intérêt de l'Union à la réalisation d'un espace économique intégré et les intérêts des Etats à poursuivre certaines finalités nécessaires au bon fonctionnement de leur société.

814. Si la structure du raisonnement est analogue, en revanche, des divergences importantes apparaissent sur le fond, tenant essentiellement aux conceptions juridictionnelles différentes de la « Constitution ».

815. Aux Etats-Unis, le juge conçoit avant tout la constitution comme un texte distribuant les compétences entre l'Union et les Etats. La clause de commerce attribue une compétence

plénière au Congrès pour réglementer le commerce entre les Etats. Les Etats conservent une compétence plénière pour réglementer tout ce qui ne relève pas de la compétence du Congrès²⁸⁴¹. Ces principes limitent le champ d'application du contrôle de proportionnalité exercé par le juge. Ce contrôle est exclu à l'égard des législations fédérales, le Congrès n'étant pas soumis aux règles de l'intégration négative. Il est également exclu lorsque les Etats agissent en tant qu'opérateur économique sur le marché et non en tant que régulateur. Par ailleurs, le contrôle est minimal lorsque les Etats adoptent, dans le cadre de leurs pouvoirs de police, des mesures indistinctement applicables, même si celles-ci affectent les libertés de circulation.

Dans l'Union européenne, le juge conçoit avant tout le traité comme un texte prescrivant certains objectifs à l'Union et, particulièrement, l'établissement d'un marché intérieur. Dès lors, le contrôle de proportionnalité est un instrument au service de la réalisation de cet objectif. Aussi, contrairement au juge américain, le juge communautaire vérifie que l'action du législateur supra-étatique est conforme à cet objectif. Il opère également un contrôle rigoureux de la proportionnalité des mesures étatiques dès lors qu'elles sont susceptibles d'affecter les libertés de circulation. A cet égard, la nature non discriminatoire d'une mesure n'emporte pas l'exercice d'un contrôle de proportionnalité différent. Toute restriction des libertés de circulation, même indistinctement applicable, est contraire au traité si l'Etat ne démontre pas sa nécessité et sa proportionnalité au regard des objectifs qu'il poursuit.

816. Le juge américain est donc le gardien de la répartition des compétences. Il se place d'ailleurs lui-même dans un tel cadre, refusant que le pouvoir judiciaire empiète sur le pouvoir législatif. Le juge communautaire est le gardien des finalités de l'Union. Ses instruments d'analyse ont tous pour fonction de permettre une réalisation optimale des objectifs assignés par le traité. Les questions de répartition des compétences, si elles ne sont pas totalement ignorées dans ce contexte, sont néanmoins subordonnées à cette règle. Dès lors, la circonstance que la jurisprudence conduit à une limitation substantielle des compétences des Etats n'a pas constitué un argument de nature à infléchir la position de la Cour. De même, la critique du « juge-législateur », particulièrement entendue aux Etats-Unis, ne semble pas avoir influencé les juges de Luxembourg.

²⁸⁴¹ V. en ce sens C. KESSEDJIAN, « Entrave et disparités des législations », *op. cit.*, p. 25.

CONCLUSION

817. L'examen des jurisprudences américaine et communautaire a montré que l'intégration négative des marchés revêtait une signification sensiblement différente aux Etats-Unis et dans l'Union européenne. D'une part, la notion d'entrave aux libertés de circulation diverge : aux Etats-Unis, le juge a largement assimilé entrave et mesure discriminatoire, tandis que, dans l'Union européenne, toute mesure gênant l'accès au marché est susceptible de recevoir la qualification d'entrave²⁸⁴². D'autre part, nonobstant une formulation très proche du contrôle de proportionnalité, le degré de contrôle n'est pas le même. La Cour de justice de l'Union européenne exerce un contrôle particulièrement rigoureux, que la mesure soumise à son examen soit discriminatoire ou indistinctement applicable. Un tel contrôle ne s'observe qu'à l'égard des mesures discriminatoires aux Etats-Unis. Lorsqu'elle est saisie de mesures indistinctement applicables, la Cour Suprême exerce un contrôle beaucoup plus souple et favorable aux Etats²⁸⁴³. Aussi, à quelques exceptions près, l'ensemble de nos analyses convergent vers la même conclusion : les Etats fédérés américains disposent, dans la définition de leurs législations en matière d'activités économiques, d'une autonomie plus grande que les Etats membres de l'Union européenne.

818. Plusieurs facteurs – institutionnels, historiques, politiques et économiques – se conjuguent pour expliquer cette situation.

819. Tout d'abord, la circonstance que la création d'un marché intérieur n'ait pas été un objectif clairement formulé dans la constitution américaine²⁸⁴⁴ et qu'il soit davantage la conséquence du fédéralisme que son point de départ²⁸⁴⁵ explique de nombreuses différences dans les approches respectives des institutions fédérales américaines et des institutions de l'Union européenne. Il en ressort, dans l'Union européenne, l'impression d'une plus grande systématisation, à la fois des législations et des jurisprudences. Ainsi, aux Etats-Unis, certains secteurs économiques continuent à relever entièrement, ou très largement, de la compétence des Etats et échappent, à ce titre, tant à l'intégration négative qu'à l'intégration positive des marchés. Exemple éloquent, le droit des assurances relève essentiellement de la compétence des Etats qui peuvent adopter des législations discriminatoires à l'égard des compagnies

²⁸⁴² V. 1ère partie de la thèse.

²⁸⁴³ V. 2ème partie de la thèse.

²⁸⁴⁴ V. à ce propos E. KITCH, "Regulation, the American Common Market...", préc., p. 122.

²⁸⁴⁵ V. l'introduction de la thèse.

d'assurance non établies sur leur territoire²⁸⁴⁶. Une telle segmentation des activités économiques est moins perceptible dans l'Union européenne. Certes, le degré d'harmonisation peut être très variable d'un secteur à l'autre. En revanche, aucun secteur n'échappe aux principes de l'intégration négative²⁸⁴⁷.

Cette différence est le fruit des logiques différentes des systèmes américain et communautaire. La logique fédérale des Etats-Unis conduit à une double prise en compte de la séparation des pouvoirs, dont la Cour Suprême se veut la gardienne.

Premièrement, la séparation verticale des pouvoirs implique de préserver la sphère de compétence des Etats²⁸⁴⁸. Il en résulte une fragmentation juridique, inhérente au fédéralisme américain, que les dispositions constitutionnelles ne sauraient remettre en question²⁸⁴⁹. Pour reprendre les termes de la Cour, « [l]'essence du fédéralisme [réside dans le fait] que les Etats doivent être libres d'adopter une variété de solutions aux problèmes et ne doivent pas être obligés de se couler dans un même moule »²⁸⁵⁰. Or, cette logique fédérale ne s'impose pas au juge communautaire, dont le rôle est de veiller à la réalisation des objectifs du traité, au premier chef desquels se trouve l'établissement du marché intérieur. Il en résulte, dans une certaine mesure, que « l'autonomie institutionnelle des membres a [...] plus de force dans un Etat fédéral [comme les Etats-Unis] que dans l'Union européenne où elle est très largement remise en cause »²⁸⁵¹.

Le sort réservé aux aides d'Etat permet d'illustrer cette différence²⁸⁵². Dans l'Union européenne, les rédacteurs du traité ont essayé d'appréhender l'ensemble des instruments susceptibles d'affecter la réalisation du marché intérieur. Il en résulte, ainsi, qu'ils ont interdit

²⁸⁴⁶ V. à ce propos 2^{ème} partie, titre 1, chapitre 2, section 1, §2, A, *supra*. Pour d'autres exemples, v. E. KITCH, "Regulation, the American Common Market...", préc., p. 123.

²⁸⁴⁷ Dans l'hypothèse d'une harmonisation exhaustive, les dispositions du traité cessent de s'appliquer. Toutefois, les textes de droit dérivé ne peuvent, en principe, contourner les règles du traité, de sorte que le protectionnisme économique est banni pour la quasi-totalité des activités économiques (v. à ce propos 2^{ème} partie, titre 1, chapitre 2, section 2, *supra*).

²⁸⁴⁸ V. en ce sens P. BONASSIES, « Structure fédérale et conflit internes de lois. L'exemple des Etats-Unis d'Amérique », *RCDIP*, 1953, p. 289, *spéc.* p. 289.

²⁸⁴⁹ V. à ce propos 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, §2, B, 1, *supra*.

²⁸⁵⁰ *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 431 (1979). V. également *National Ass'n of Optometrists & Opticians*, 682 F.3d, préc., p. 1148 : « [b]ien que la jurisprudence relative à la dormant commerce clause protège des entraves au commerce interétatique, elle respecte également le fédéralisme en protégeant l'autonomie locale ».

²⁸⁵¹ O. DUBOS, « L'Union Européenne : Sphinx ou Enigme ? », in *Dynamiques du droit européen en début de siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, p. 29, *spéc.* p. 39.

²⁸⁵² V. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, §2, A et 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, §2, *supra*.

les réglementations susceptibles de restreindre les libertés de circulation mais également des interventions plus directes de l'Etat dans l'économie, telles que les aides d'Etat. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême n'a pas raisonné en termes d'effets des aides d'Etat sur le marché mais en termes de compétences. Opérant une distinction entre l'Etat régulateur, soumis à ce titre à la *dormant commerce clause*, et l'Etat « opérateur économique », elle a considéré que les Etats étaient libres d'intervenir directement sur les marchés, malgré l'éventuel caractère protectionniste de leur intervention²⁸⁵³.

La logique fédérale emporte également des conséquences différentes de celles de la logique fonctionnelle communautaire au regard des législations supra-étatiques. Aux Etats-Unis, le Congrès échappe à toute contrainte en termes de réalisation du marché intérieur. S'il est compétent pour réglementer le commerce entre les Etats, il n'est pas tenu d'utiliser cette compétence dans un sens favorable aux libertés de circulation et peut autoriser les Etats à maintenir ou introduire des législations protectionnistes dans leurs ordres juridiques. Dans l'Union européenne, la Cour de justice a considéré que le législateur devait œuvrer en faveur de la réalisation du marché intérieur. En conséquence, les dispositions du traité relatives aux libertés de circulation, qui ont pour destinataires formels les Etats, s'imposent également au législateur communautaire²⁸⁵⁴.

Deuxièmement, la séparation horizontale des pouvoirs justifie la position moins intrusive de la Cour Suprême par rapport à celle de la Cour de justice. Cette séparation implique, pour la Cour Suprême, que le juge ne saurait se substituer au législateur²⁸⁵⁵. Dans l'Union européenne, « où le droit [...] est avant tout un instrument juridique au service d'un objectif économique »²⁸⁵⁶ et où l'ensemble des institutions concourent à la réalisation des finalités assignées à l'Union, la séparation horizontale des pouvoirs semble conçue de manière plus pragmatique²⁸⁵⁷ et ne constitue, en tout état de cause, pas un argument de nature à modérer le contrôle du juge. La Cour de justice a, en effet, rarement refusé de condamner une législation

²⁸⁵³ V. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, §2, *supra*

²⁸⁵⁴ V. 2^{ème} partie, titre 1, chapitre 2, *supra*.

²⁸⁵⁵ V. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, §2, B, 2, *supra*.

²⁸⁵⁶ C. NOURISSAT, « Le droit commun du marché », in V. MAGNIER (dir.), *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, PUF, 2007, p. 9, *spéc.* p. 11.

²⁸⁵⁷ Il convient de rappeler que les Etats-Unis sont un régime présidentiel alors que l'UE s'inspire davantage du régime parlementaire. Autrement dit, le système politique américain se caractérise par une séparation stricte des pouvoirs tandis que le système politique européen repose sur une plus grande collaboration des pouvoirs. Toutefois, ce facteur est ici très secondaire dans la mesure où il a trait aux rapports entre les pouvoirs législatifs et exécutifs et ignore en grande partie les rapports avec le pouvoir judiciaire.

étatique ou communautaire au motif que la question devait être résolue par le législateur²⁸⁵⁸.

On perçoit donc bien que la jurisprudence de la Cour de justice est orientée vers la construction du marché intérieur, tandis que celle de la Cour Suprême se focalise sur la répartition des compétences. Pour reprendre les termes du professeur POIARES MADURO, « [a]lors que dans le contexte européen, le rôle de la Cour est encore essentiel afin de garantir l'intégration du marché, aux Etats-Unis un tel marché intégré est déjà bien établi et le rôle de la Cour Suprême est plutôt de répartir les compétences réglementaires sur ce marché »²⁸⁵⁹.

820. Ensuite, on peut avancer que les marchés intérieurs américain et européen se trouvent à différents stades d'intégration économique, de sorte que les besoins, en termes d'intégration juridique et d'intervention du juge, ne sont pas les mêmes²⁸⁶⁰. Le marché intérieur américain serait déjà établi. Il désignerait donc, en l'état actuel, une structure du marché et les règles s'imposant aux Etats ne viseraient qu'à préserver cette structure²⁸⁶¹ et à faciliter son fonctionnement²⁸⁶². En revanche, le marché intérieur européen serait encore en voie de construction²⁸⁶³. Il désignerait donc un processus²⁸⁶⁴ et nécessiterait des règles d'« établissement »²⁸⁶⁵. Ce processus de construction du marché intérieur impliquerait un démantèlement des barrières par le biais d'une politique juridique relativement offensive,

²⁸⁵⁸ La position de la Cour de justice peut varier, à cet égard, selon le domaine réglementé par le législateur (v. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, §2, B, 2, a, *supra*). L'argument de la séparation des pouvoirs a, toutefois, une portée beaucoup plus restreinte qu'aux Etats-Unis (v. 2^{ème} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, §2, B, 2, *supra*).

²⁸⁵⁹ M. POIARES MADURO, « La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour Suprême des Etats-Unis face à l'entrave », *op. cit.*, p. 281.

²⁸⁶⁰ En ce sens, v. not. M. POIARES MADURO, *We the Court...*, pp. 88 et s. ; R. MASON, "Common Markets, Common Tax Problems", *préc.*, p. 600 ; C. BARNARD, "Restricting Restrictions...", *préc.*, p. 578.

²⁸⁶¹ H. MUIR WATT, « L'expérience américaine », *op. cit.*, p. 147 : « le fédéralisme américain est essentiellement market-preserving : les Etats fédérés conservent toute liberté, sauf pour ériger des barrières protectionnistes à la fluidité des échanges en Communauté. En somme, les contraintes fédérales imposées aux Etats au nom de la Constitution consistent pour l'essentiel à imposer des freins aux abus les plus criants de l'unilatéralisme ».

²⁸⁶² D. M. TRUBEK, L. G. TRUBEK and D. STINGL, "Consumer Law in the American Federal System", in T. BOURGOIGNIE and D. TRUBEK, *Consumer Law, Common markets and federalism, Integration through law*, vol. 3, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1986, p. 27.

²⁸⁶³ T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés...*, *op. cit.*, p. 426.

²⁸⁶⁴ P. MADDALON, *La notion de marché...*, *op. cit.*, p. 271 : « le marché intérieur constitue donc moins un état qu'un processus ».

²⁸⁶⁵ V. M. POIARES MADURO, *We the Court...*, *op. cit.*, pp. 95 et s. V. également L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », *op. cit.*, p. 281 : « la tâche assignée à la Communauté ne consiste pas à préserver la liberté dans des marchés déjà formés ; principalement elle consiste à créer les conditions de la construction d'un nouveau marché se superposant aux marchés existants ».

garantissant, outre un égal accès aux différents marchés, un accès « effectif » à ces marchés²⁸⁶⁶. Les règles de fonctionnement du marché, en revanche, supposeraient un degré de contrôle, tant de la part des juridictions que de la part des autorités centrales, moins intense. Elles auraient seulement pour rôle de maintenir l'équilibre entre les compétences des Etats fédérés et la compétence de la fédération afin de garantir la liberté des échanges dans le respect de l'autonomie des Etats. Dans cette perspective, le principe de non discrimination constituerait l'outil optimal de cet équilibre.

821. Le degré d'intégration économique moindre en Europe justifierait donc une démarche plus ambitieuse en matière d'intégration juridique²⁸⁶⁷. Plusieurs auteurs ont ainsi noté qu'au stade d'intégration dans lequel se trouvait le marché américain, un certain degré de protectionnisme étatique pouvait être toléré, celui-ci ne remettant pas en cause les fondements de l'Union²⁸⁶⁸. Une telle tolérance semble, en revanche, exclue en Europe où les risques de désintégration demeurent plus importants²⁸⁶⁹. En ce sens, le professeur REGAN relevait, en 1986, que « [d]epuis des années la Cour de justice de la Communauté économique européenne semble aller au-delà de la suppression du protectionnisme dans ses décisions relatives aux réglementations économiques interdites aux Etats. L'objectif peut avoir été de promouvoir la circulation des marchandises en tant que telle et ainsi accroître l'interdépendance européenne, peut être avec la volonté de rendre toute autre guerre intra-européenne impossible ou peut être pour encourager une intégration politique plus forte dans le futur. Mais il y a un intérêt négligeable à promouvoir la libre circulation des marchandises en tant que telle dans les Etats-Unis contemporaines. Notre tentative d'établir une union a réussi au-delà des rêves les plus larges des pères fondateurs [...]. Le commerce interétatique

²⁸⁶⁶ V. 1^{ère} partie, titre 2, *supra*.

²⁸⁶⁷ V. not. G. FITCHEW, "Political Choices", in R. BUXBAUM, G. HERTIG, A. HIRSCH and K. HOPT (eds.), *European Business Law – Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, W. de Gruyter, 1991, p. 1, *spéc.* p. 5-6.

²⁸⁶⁸ H. BIKLE, "The Silence of Congress", *Harv. L. Rev.*, vol. 41, 1927, p. 200, *spéc.* p. 224 ; N. T. DOWLING, "Interstate Commerce and State Power", *préc.*, p. 23 (cités par N. R. WILLIAMS, "Why Congress May Not 'Overrule'...", *préc.*, p. 200) ; E. ZELINSKY, "Restoring Politics to the Commerce Clause...", *préc.*, p. 29 : « *puisque l'interdiction jurisprudentielle [des mesures discriminatoires] a atteint son objectif historique, la création d'un marché commun unique aux Etats-Unis, elle peut désormais être [abandonnée]* ». Certains auteurs contestent toutefois cette position (v. B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", *préc.*, p. 487, n. 401. V. également B. P. DENNING, "Is the Dormant Commerce Clause Expendable? A Reply to Edward Zelinsky", *Miss. L. J.*, vol. 77, 2007, p. 623, *spéc.* pp. 644-645).

²⁸⁶⁹ En ce sens, v. D. P. KOMMERS and M. WAELBROECK, "Legal integration and the free movement of goods...", *op. cit.*, p. 224. Ces risques apparaissent encore plus nettement dans le contexte de crise économique actuel, susceptible d'entraîner « *une résurgence du protectionnisme sous diverses formes et l'effondrement du marché unique* » (R. PERISSICH, « 20 après, le marché unique reste une priorité de l'UE », *préc.*, p. 5).

[demeure] *vaste si les juridictions suppriment simplement le protectionnisme, et les Etats sont liés bien davantage que par des liens économiques* »²⁸⁷⁰.

822. Ceci dit, dans l'Union européenne, les fondements du marché intérieur semblent désormais être établis²⁸⁷¹ de telle sorte que les institutions communautaires ont pu recourir à des méthodes de rapprochement des législations plus souples que celles mises en œuvre au début de la construction du marché²⁸⁷² et que la Cour de justice pourrait esquisser dans certains domaines un « retrait » relatif²⁸⁷³. Certains ont donc pu avancer l'idée que, à un certain stade, le modèle communautaire commencerait à se rapprocher du modèle américain en desserrant les contraintes pesant sur les Etats et en réduisant le travail de rapprochement des législations²⁸⁷⁴.

823. L'explication fondée sur le stade de développement du marché ne suffit toutefois pas à justifier totalement la différence d'approche entre les juridictions suprêmes. On peut notamment opposer à cette explication que la Cour Suprême n'a jamais mis en œuvre de règles particulièrement contraignantes pour les Etats, même dans les premières années de l'Union. Les tests mis en œuvre par les juges de Washington ont évolué mais tous se caractérisent par la large marge de manœuvre laissée aux Etats²⁸⁷⁵. La Cour n'a donc pas mis en œuvre des règles d'établissement du marché intérieur pour ensuite appliquer des règles de fonctionnement, une fois le marché établi. Elle a accompagné l'établissement du marché intérieur, mais sa participation à ce processus a, semble-t-il, été beaucoup moins active que celle de la Cour de justice dans l'Union européenne qui, pour sa part, « *a choisi de s'ériger en « bâtisseuse de marché* » »²⁸⁷⁶.

On peut cependant estimer que le besoin d'intervention du juge s'est fait moins ressentir aux

²⁸⁷⁰ D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism...", préc., p. 1179.

²⁸⁷¹ V. en ce sens, C. BARNARD, "Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US", *C. L. J.*, vol. 68, 2009, p. 575, spéc. pp. 602 et s.

²⁸⁷² Le professeur AZOULAI relève ainsi une nouvelle approche en matière de libertés de circulation, fondée sur des règles d'accès et conclut que « [I]à où il fallait s'atteler à la construction du marché commun, on se contente désormais de garantir la maintenance du marché unique européen » (L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », *op. cit.*, pp. 302-304).

²⁸⁷³ L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes... », préc., p. 37 : « [d]e fait, un mouvement de « retrait jurisprudentiel » paraît s'esquisser ».

²⁸⁷⁴ T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés...*, *op. cit.*, p. 412.

²⁸⁷⁵ V. not. 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, *supra*.

²⁸⁷⁶ L. AZOULAI, *Droit économique européen*, fascicule du Cours du Professeur AZOULAI en Master Droit économique 1, 2008-2009, IEP de Paris (disponible en ligne), p. 22.

Etats-Unis qu'en Europe. En 1787, les échanges étaient peu développés et les entraves au commerce interétatique, si elles existaient, avaient finalement peu d'impact dans une économie essentiellement locale²⁸⁷⁷. En outre, des facteurs extra-juridiques d'intégration sont présents dès la création de la fédération : les nouveaux Etats partagent une même langue et des institutions juridiques communes²⁸⁷⁸. Ils ont été soumis au même gouvernement colonial et ont combattu ensemble durant la guerre d'indépendance²⁸⁷⁹. Leur économie est essentiellement fondée sur les principes du *laissez-faire*, de sorte que les contraintes juridiques, à l'origine des restrictions aux libertés de circulation, sont moins importantes²⁸⁸⁰. Il faut attendre la fin de la guerre civile pour que les économies étatiques commencent véritablement à s'intégrer sous l'effet du développement du transport ferré et de la révolution industrielle, qui a permis une production standardisée de masse²⁸⁸¹. Aussi les enjeux auxquels font face les juridictions américaines et communautaires au début de la construction du marché intérieur ne sont pas les mêmes. A la sortie de la seconde guerre mondiale, les échanges internationaux sont déjà bien développés. L'effet des barrières étatiques sur les échanges est donc beaucoup plus important²⁸⁸², d'autant que nombre d'Etats européens ont mis en place des politiques économiques interventionnistes²⁸⁸³. La constitution du marché intérieur européen a donc nécessité le démantèlement de nombreuses restrictions²⁸⁸⁴.

824. La faculté des Etats à restreindre les libertés de circulation dans l'Union européenne est d'autant plus grande qu'ils disposent de moyens importants à cette fin. La structure fédérale des Etats-Unis a, en revanche, limité les capacités financières des Etats fédérés et, en conséquence, les possibilités de réguler leur économie²⁸⁸⁵. La philosophie interventionniste de

²⁸⁷⁷ D. M. TRUBEK, L. G. TRUBEK and D. STINGL, "Consumer Law in the American Federal System", *op. cit.*, p. 48 ; E. KITCH, "Regulation, the American Common Market...", *préc.*, p. 121.

²⁸⁷⁸ V. C. KESSEDJIAN, « Entrave et disparités des législations », *op. cit.*, p. 42.

²⁸⁷⁹ E. STEIN and T. SANDALOW, "On the two systems...", *op. cit.*, p. 5.

²⁸⁸⁰ *Id.* Rappelons, cependant, que la création de la fédération a été en partie motivée par les « guerres » économiques que les Etats se livraient et les politiques protectionnistes mises en oeuvre par chacun d'entre eux. Il n'en demeure pas moins que les politiques étaient peu dirigistes.

²⁸⁸¹ B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", *préc.*, p. 437. V. également p. 441, n. 116.

²⁸⁸² En ce sens, v. G. FITCHEW, "Political Choices", *op. cit.*, p. 18.

²⁸⁸³ En ce sens, v. E. STEIN and T. SANDALOW, "On the two systems...", *op. cit.*, p. 5.

²⁸⁸⁴ Encore récemment, la mise en oeuvre de la directive services a montré l'importance des contraintes réglementaires pour exercer des activités économiques dans de nombreux Etats de l'Union.

²⁸⁸⁵ V. à ce propos, l'introduction.

certaines Etats membres de l'Union européenne, associée à une capacité financière importante, emportent un risque plus important de fractionnement du marché, justifiant un encadrement plus strict des Etats. La structure institutionnelle explique également, dans cette perspective, l'approche différente du juge américain et du juge communautaire.

825. Le centralisme communautaire peut également être expliqué par l'absence de souveraineté communautaire, à l'inverse des Etats-Unis. Aux Etats-Unis, « *les citoyennes américaines sont [les] propres sujets [de l'Etat fédéral] avant d'être ceux des Etats. Dès lors [...] l'autonomie des autorités étatiques peut difficilement être perçue comme une menace pour ce dernier. Au contraire, [...] la Communauté cherche surtout, pour s'affirmer, à renforcer la matérialité du lien juridique qu'elle souhaite nouer immédiatement avec ses citoyens* »²⁸⁸⁶.

826. Enfin, il est possible que la pensée économique du droit, plus particulièrement les défenseurs du fédéralisme compétitif²⁸⁸⁷, ait influencé la manière dont le juge américain appréhende les réglementations étatiques. Un certain nombre d'auteurs américains ont, en effet, plaidé en faveur d'une forte décentralisation du droit, considérant que la diversité des législations, associée à une concurrence réglementaire ayant pour effet de discipliner les législateurs étatiques, était économiquement préférable à une uniformisation du droit par le législateur fédéral²⁸⁸⁸.

827. Tous ces facteurs juridiques, institutionnels, économiques et sociaux concourent, parmi d'autres, à expliquer les contraintes constitutionnelles moins fortes pesant sur les Etats fédérés des Etats-Unis comparées aux contraintes constitutionnelles imposées aux Etats membres de

²⁸⁸⁶ T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés...*, op. cit., p. 418.

²⁸⁸⁷ V. not. C. TIEBOUT, "A pure theory of local expenditures", *JPE*, 1956, p. 416 ; T. R. DYE, *American Federalism : Competition Among Governments*, Lexington Books, 1990, p. 14 ; E. KITCH, "Business Organization Law: State or Federal?...", préc., p. 35 ; M. DORF and C. SABEL, "A Constitution of Democratic Experimentalism", *Colum. L. Rev*, 1998, vol. 98, p. 267.

²⁸⁸⁸ Pour de plus amples développements sur le modèle de la « concurrence réglementaire » et son influence dans l'UE, v. not. C. MEIER-SCHATZ, "American Legal Harmonization from a European Perspective", in R. BUXBAUM, G. HERTIG, A. HIRSCH and K. HOPT (eds.), *European Business Law – Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, W. de Gruyter, 1991, p. 61, spéc. p. 74 ; N. REICH, "Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?", *CML Rev.*, vol. 29, 1992, p. 861 ; M. DUPONT-DOBRYNSKI, « Les fondements micro-économiques du fédéralisme », in A. ALLAIN, M. DUPONT et M. HEARN (eds.), *Les Fédéralismes*, Actes du Colloque tenu à Lille, 1996, p. 59 ; M. POIARES MADURO, *We the Court...*, op. cit., p. 132 ; S. DEAKIN, "Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonization. A Law and Economics Perspective on *Centros*", *CYELS*, 2000, p. 231, spéc. p. 233 ; J. PELKMANS, *European integration...*, op. cit., p. 68 ; C. BARNARD and S. DEAKIN, "Market access and Regulatory Competition", op. cit., p. 197 ; H. MUIR WATT, "Experiences From Europe...", préc., p. 438 ; H. MUIR WATT, « L'expérience américaine », op. cit., p. 145 ; T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés...*, op. cit., pp. 353-426.

l'Union européenne. Ce constat n'emporte cependant pas la conclusion que le marché intérieur américain serait moins intégré que le marché intérieur de l'Union européenne.

D'une part, l'intégration positive joue un rôle décisif dans l'intégration juridique des marchés et il est possible que les « faiblesses » de l'intégration négative soient entièrement compensées par l'intégration positive. Autrement dit, l'intégration juridique peut s'opérer via une législation uniforme, sans qu'il soit, au préalable, nécessaire de supprimer, via l'intervention du juge, les barrières étatiques. Il n'entraîne cependant pas dans l'objet de cette thèse d'étudier l'intégration positive, de sorte qu'il n'est pas possible de conclure sur l'intégration juridique global des marchés. Il serait, au demeurant, difficile de procéder à un bilan d'ensemble, l'intervention du législateur supra-étatique étant très variable d'un domaine de l'économie à l'autre²⁸⁸⁹.

D'autre part, il apparaît, comme nous l'avons indiqué en introduction, que le marché intérieur constitue avant tout une réalité économique. Dans ce cadre, l'intégration juridique constitue un instrument, parmi d'autres, de l'intégration économique²⁸⁹⁰. D'autres facteurs contribuent à la création et au maintien d'un marché intérieur ou, au contraire, freinent son émergence. Pour reprendre les termes du professeur RAYNAULD, « *la liberté juridique ou constitutionnelle des échanges permet mais n'assure pas que les marchés rejoignent toujours les frontières [de l'Union]* »²⁸⁹¹. Aux Etats-Unis, divers facteurs ont facilité l'intégration économique des marchés²⁸⁹². Aussi, le marché intérieur américain « *a pu se réaliser en dépit du maintien d'une diversité très substantielle des droits étatiques dans des domaines cependant névralgiques pour la réalisation d'une véritable liberté des échanges. Le développement des grandes sociétés transétatiques, facilité sans doute par certaines conditions juridiques de départ (monnaie commune, impôt fédéral) a permis l'intégration du marché, au-delà de la diversité des droits* »²⁸⁹³. Dans le même sens, le professeur KITCH,

²⁸⁸⁹ Certains secteurs de l'économie peuvent ainsi faire l'objet d'une réglementation totalement uniforme ; d'autres, au contraire, continuer à ressortir essentiellement de la compétence des Etats.

²⁸⁹⁰ En ce sens, v. C.R. SUNSTEIN, "Protectionism, the American Supreme Court...", *op. cit.*, pp. 128-129.

²⁸⁹¹ A. RAYNAULD, « Observations sur la notion de marché », *préc.*, p. 229.

²⁸⁹² V. *supra*.

²⁸⁹³ F. MAUPAIN, *L'intégration économique et l'intégration juridique...*, *op. cit.*, p. 193.

défavorable à une intervention fédérale forte dans l'économie²⁸⁹⁴, a observé que « *les sociétés sont organisées selon le droit d'un Etat et doivent obtenir l'autorisation et payer un droit d'entrée pour exercer leur activité dans chaque Etat. Les compagnies d'assurance doivent obtenir l'autorisation dans chaque Etat. La vente de titres boursiers doit être approuvée dans chaque Etat. Pourtant [...] on ne peut pas dire qu'il n'existe pas un véritable marché national des sociétés, des titres et de l'assurance* »²⁸⁹⁵. Très récemment, l'ancien directeur général Industrie à la Commission européenne, M. PERISSICH, a relevé qu'« [a]ux Etats-Unis, la grande mobilité de la main-d'œuvre garantit l'efficacité du « marché unique ». En Europe, cette mobilité se heurte à des barrières linguistiques et culturelles [...] »²⁸⁹⁶.

Nonobstant une intégration juridique forte, le marché intérieur de l'Union européenne n'a très probablement pas atteint le degré d'intégration économique du marché intérieur américain. En 1987, les rédacteurs du rapport Padoa-Schioppa relevait que « [l]'une des différences les plus frappantes que l'on constate entre les régions économiques de la Communauté européenne et celle des Etats-Unis c'est que dans ce dernier pays les grandes entreprises industrielles et commerciales sont rarement identifiées à certains Etats ou régions. Ce n'est évidemment pas encore le cas en Europe et les rares entreprises multinationales qui propagent une identité européenne sont exceptionnelles »²⁸⁹⁷. Si quelques entreprises symbolisent aujourd'hui le marché intérieur européen, l'observation demeure d'actualité, « la dynamique du marché dépend[ant] plutôt du changement de stratégies des entreprises et des mentalités »²⁸⁹⁸.

²⁸⁹⁴ Dans sa contribution "Regulation and the American Common Market", le professeur KITCH s'est prononcé en faveur d'une décentralisation de la réglementation économique, impliquant une intervention minimale du législateur fédéral (limitation de l'intégration positive) et l'abandon de la jurisprudence de la Cour Suprême relative à la *dormant commerce clause* (limitation de l'intégration négative) (E. KITCH, "Regulation and the American Common Market" in A. TARLOCK (ed.) *Regulation, Federalism, and Interstate Commerce*, 1981, p. 9, contribution résumée dans l'article E. KITCH, "Regulation, the American Common Market...", préc.).

²⁸⁹⁵ E. KITCH, "Regulation, the American Common Market...", préc., p. 124.

²⁸⁹⁶ R. PERISSICH, « 20 après, le marché unique reste une priorité de l'UE », préc., p. 4.

²⁸⁹⁷ T. PADOA-SCHIOPPA and M. EMERSON, *Efficacité, stabilité, équité ...*, op. cit., p. 82.

²⁸⁹⁸ M. POIARES MADURO, « La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour Suprême des Etats-Unis face à l'entrave », op. cit., p. 281.

BIBLIOGRAPHIE

I – DOCTRINE

DICTIONNAIRES

- *Lexique d'économie*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006
- A. BEITONE, A. CAZORLA, C. DOLLO, A-M. DRAI, *Dictionnaire des sciences économiques*, Armand Colin, 2^{ème} éd., 2007
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd., 2007
- F. TEULON (dir.), *Dictionnaire d'histoire, économie, finance, géographie*, PUF, 4^{ème} éd., 2004

ARTICLES

- T. A. ALEINIKOFF, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale L.J.*, vol. 96, 1987, p. 943
- A. ARENA, "The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between *Sein* and *Sollen*", *Jean Monnet Working Paper*, n° 03/10
- E. AUBER, « Etats-Unis *versus* Union européenne – Observations comparatives sur la répartition des compétences », *RMCE*, n° 517, 2008, p. 221
- R. C. AUSNESS, "Federal Preemption of State Products Liability Doctrines", *S. C. L. Rev.*, vol. 44, 1993, p. 187
- M. AYRAL, « La suppression des contrôles aux frontières intra-communautaires », *RMUE*, 1993, p. 13
- L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, n° 1, 2008, p. 29
- K. BANKS, "The application of the fundamental freedoms to Member State tax measures : Guarding against protectionism or second-guessing national policy choices?", *ELRev.*, vol. 33, 2008, p. 482
- A. BARAV, « Les effets du droit communautaire directement applicable », *CDE*, 1978, p. 265
- R. BARENTS, "New Developments in measures having equivalent effect", *CML Rev.*, vol. 18, 1981, p. 271

- R. BARENTS, "The Community and the unity of the Common Market", *German Yearbook of International Law*, 1990, p. 9
- R. BARENTS, "The internal market unlimited : some observations on the legal basis of Community legislation", *CML Rev.*, vol. 30, 1993, p. 85
- C. BARNARD, "Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US", *C. L. J.*, vol. 68, 2009, p. 575
- O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté - Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, n° 1, 1998, p. 83
- J. BEAUTE, « Le partage des compétences entre les Etats et la Fédération », *Pouvoirs*, n° 59, p. 85
- G. A. BERMAN, "Taking Subsidiarity seriously : federalism in the European Community and the United States", *Colum. L. Rev.*, vol. 94, 1994, p. 331
- N. BERNARD, "Discrimination and Free Movement in EC Law", *I.C.Q.L.*, vol. 45, 1996, p. 82
- N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence », *CDE*, n° 1-2, 1998, p. 11
- E. BERNARD, « La Cour de justice précise les règles du jeu », *Europe*, n° 11, 2010, étude 12
- B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, n°1, 2012, étude 1
- H. BIKLË, "The Silence of Congress", *Harv. L. Rev.*, vol. 41, 1927, p. 200
- D. S. BOGEN, "The Privileges and Immunities Clause of Article IV", *Case W. Res. L. Rev.*, vol. 37, 1986-1987, p. 795
- D. S. BOGEN, "The Market Participant Doctrine and the Clear Statement Rule", *Seattle U. L. Rev.*, vol. 29, 2006, p. 543
- P. BONASSIES, « Structure fédérale et conflit internes de lois. L'exemple des Etats-Unis d'Amérique », *RCDIP*, 1953, p. 289
- R. H. BORK and D.E. TROY, "Locating the boundaries : the scope of Congress's power to regulate commerce, commerce", *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 25, 2002, p. 849
- S. BREKER-COOPER, "The Commerce Clause: The Case for Judicial Non-Intervention", *Or. L. Rev.*, vol. 69, 1990, p. 895
- P. BREST, "*Palmer v. Thompson* : An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive", *Sup. Ct. Rev.*, 1971, p. 95
- H. BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les Etats-membres, commentaire sur l'article 3B du Traité de Maastricht », *RMUE*, n° 4, 1992, p. 165
- M. CANDELA SORIANO, « Le traité CE et la fixation des prix dans le secteur du livre », *RDUE*, n°2, 2000, p. 361
- J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1^{er} janvier – 31 décembre 2006 », *JTDE*, n° 137, 2007, p. 82
- D. CHALMERS, "Repackaging the internal market - The ramifications of the Keck judgment", *ELRev.*, 1994, p. 385

- M. C. CHRISTIE, "Economic Regulation in the United States: the Constitutional Framework", *U. Rich. L. Rev.*, vol. 40, 2006, p. 949
- D. T. COENEN, "Untangling the Market-Participant Exemption to the Dormant Commerce Clause", *Mich. L. Rev.*, vol. 88, 1989, p. 395
- D. T. COENEN, "Where United Haulers Might Take Us: The Future of the State-Self-Promotion Exception to the Dormant Commerce Clause Rule", *Iowa L. Rev.*, vol. 95, 2009, p. 541
- D. T. COENEN, "The Supreme Court's Municipal Bond Decision and the Market-Participant Exception to the Dormant Commerce Clause", *Ohio St. L. J.*, vol. 70, 2009, p. 1179
- W. COHEN, "Congressional Power to Validate Unconstitutional State Laws : A Forgotten Solution to an Old Enigma", *Stan. L. Rev.*, vol. 35, 1983, p. 387
- R. B. COLLINS, "Economic Union as a Constitutional Value", *N. Y. U. L. Rev.*, vol. 63, 1988, p. 43
- L.-J. CONSTANTINESCO, « La constitution économique de la CEE », *RTDE*, n° 2, 1977, p. 244
- F. J. CONTE, "Sink or Swim Together : Citizenship, Sovereignty, and Free Movement in the European Union and the United States", *U. Miami L. Rev.*, vol. 61, 2007, p. 331
- E. D. CROSS, "Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis", *CML Rev.*, vol. 29, 1992, p. 447
- L. DANIELE, "Non discriminatory restrictions to the free movement of persons", *ELRev.*, n° 22, 1997, p. 191
- G. DAVIES, "Any Place I Hang My Hat ? or Residence is the New Nationality", *E.L.J.*, vol. 11, 2005, p. 43
- G. DAVIES, "Subsidiarity : The wrong idea, in the wrong place, at the wrong time", *CML Rev.*, n° 1, 2006, p. 63
- G. DAVIES, "Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law", *German Law Journal*, vol. 11, 2010, p. 671
- D. S. DAY, "Revisiting *Pike*: The Origins of the Nondiscrimination Tier of the Dormant Commerce Clause Doctrine", *Hamline L. Rev.*, vol. 27, 2004, p. 45
- D. DAY, "The Expanded Concept of Facial Discrimination in the Dormant Commerce Clause Doctrine", *Creighton L. Rev.*, vol. 40, 2007, p. 497
- J. DE BEYS, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? A propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *JTDE*, n° 80, 2001, p. 131
- F. DE LA SERRE, M.-E. DE BUSSY et H. DELORME, « Approches théoriques de l'intégration européenne », *RFSP*, n° 3, 1971, p. 615
- N. DE SADELEER, « L'examen au regard de l'article 28 CE, des règles nationales régissant les modalités d'utilisation de certains produits », *JDE*, n° 162, 2009, p. 247
- S. DEAKIN, "Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonization. A Law and Economics Perspective on *Centros*", *CYELS*, 2000, p. 231

- L. DEFALQUE, « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », *CDE*, n° 4-5, 1987, p. 471
- L. DEFALQUE, « L'harmonisation des législations nationales : une alternative à la jurisprudence », *JTDE*, 1994, p. 166
- A. DEFOSSEZ, « L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation : l'article 29 CE », *CDE*, n° 3-4, 2009, p. 409
- R. DEHOUSSE, "Rediscovering Functionalism", *Jean Monnet Working Paper*, n° 7, 2000
- P. DEMARET, « L'accès au marché des services réglementés: la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE », *RIDE*, n°2-3, 2002, p. 259
- P. S. DEMPSEY, "Transportation : a Legal History", *Transportation Law Journal*, vol. 30, 2003, p. 235
- B. P. DENNING, "Justice Thomas, The Import-Export Clause, and *Camps Newfound/Owatonna v. Harrison*", *U. Colo. L. Rev.*, vol. 70, 1999, p. 155
- B. P. DENNING, "Confederation-era Discrimination against Interstate Commerce and the Legitimacy of the Dormant Commerce Clause Doctrine", *Ky. L. J.*, vol. 94, 2005-2006, p. 37
- B. P. DENNING, "Is the Dormant Commerce Clause Expendable? A Reply to Edward Zelinsky", *Miss. L. J.*, vol. 77, 2007, p. 623
- B. P. DENNING, "Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine", *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 50, 2008, p. 417
- C. DENYS, « Les notions de discriminations et de discriminations à rebours suite à l'arrêt Kraus », *CDE*, n° 5-6, 1994, p. 643
- M. DORF and C. SABEL, "A Constitution of Democratic Experimentalism", *Colum. L. Rev.*, vol. 98, 1998, p. 267
- N. T. DOWLING, "Interstate Commerce and State Power", *Va. L. Rev.*, vol. 27, 1940, p. 1
- C. DRAHOZAL, "Preserving the American Common Market : State and Local Governments in the United States Supreme Court", *Supreme Court Economic Review*, 1999, p. 233
- L. DRIGUEZ, « Le détachement de travailleurs après la directive sur les services », *Europe*, n° 6, 2007, p. 34
- M. B. DUBNOFF, "State Bans on Internet Gambling May Be Unconstitutional", *Gaming L. Rev. & Econ.*, vol. 12, 2009, p. 207
- C.D. EHLERMANN, "The internal market following the Single European Act", *CML Rev.*, vol. 24, 1987, p. 362
- I. ELIASOPH, "A "Switch in Time" for the European Community? Lochner discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe", *Colum. J. Eur. L.*, vol. 14, 2008, p. 467
- S. ENCHELMAIER, "The Awkward Selling of a Good Idea, or a Traditionalist Interpretation of *Keck*", *Y.E.L.*, n° 22, 2003, p. 250
- P. ENRICH, "Saving the States from Themselves: Commerce Clause Constraints on State Tax Incentives for Business", *Harv. L. Rev.*, vol. 110, 1996, p. 377
- R. EPSTEIN, "The proper scope of the commerce power", *Va. L. Rev.*, vol. 73, 1987, p. 1387

- R. EPSTEIN, "Of Citizens and Persons: Reconstructing the Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment", *N.Y.U. J. L. & Liberty*, vol. 1, 2005, p. 1096
- J. N. EULE, "Laying the Dormant Commerce Clause to Rest", *Yale L. J.*, vol. 9, 1982, p. 425
- U. EVERLING, « Sur la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière de libre prestation des services rendus dans d'autres Etats membres », *CDE*, n° 1-2, 1984, p. 8
- M. FALLON, « Vers un principe général de liberté de circulation ? Pour une approche unitaire du droit du marché intérieur », *Ann. d'ét. eur. de l'Univ. cath. de Louvain*, 1996, p. 73
- R. H. FALLON, "Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning", *Harv. L. Rev.*, vol. 119, 2006, p. 1274
- M. FAURE and J. JOHNSTON, "The Law and Economics of Environmental Federalism: Europe and the United States Compared", *Va. Envtl. L. J.*, vol. 27, 2009, p. 205
- P. C. FELMLY, "Beyond the Reach of States : the Dormant Commerce Clause, Extraterritorial State Regulation, and the Concern of Federalism", *Me. L. Rev.*, vol. 55, 2003, p. 467
- L. FISHER et N. MOURTADA-SABBAH, « La Cour Suprême des Etats-Unis : interprète souverain de la Constitution ? », *RDP*, n° 4-2002, p. 1205
- R. D. FRIEDMAN, "Putting the Dormancy Doctrine out of its Misery", *Cardozo L. Rev.*, vol. 12, 1991, p. 1745
- C. GAGE O'GRADY, "Targeting State Protectionism Instead of Interstate Discrimination Under the Dormant Commerce Clause", *San Diego L. Rev.*, vol. 34, 1997, p. 571
- Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, « Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire », *RTDE*, n° 2, 1985, p. 269
- S. GARDBAUM, "The Nature of Preemption", *Cornell L. Rev.*, vol. 79, 1994, p. 767
- S. GARDBAUM, "Congress's power to preempt the States", *Pepp. L. Rev.*, vol. 33, 2005, p. 39
- J. W. GARLOUGH, "Weighing in on the wine wars: What the European Union can teach us about the direct shipment controversy", *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 46, 2005, p. 1533
- P. GARONNE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE*, n° 3, 1994, p. 425
- D. GERADIN, "Free trade and environmental protection in an integrated market: a survey of the case law of the United States Supreme Court and the European Court of Justice", *J. Transnat'l L. & Pol'y*, vol. 2, 1993, p. 141
- H. J. GLAESNER, « L'Acte Unique Européen », *RMC*, n° 298, 1996, p. 307
- H. J. GLAESNER, « L'article 100A du traité CEE : un nouvel instrument pour la réalisation du marché commun », *CDE*, n° 5-6, 1989, p. 617
- R. GOEBEL, "The Liberalization of Interstate Legal Practice in the European Union: Lessons for the United States", *Int'l Law*, vol. 34, 2000, p. 307
- J. L. GOLDSMITH and A. O. SYKES, "The Internet and the Dormant Commerce Clause", *Yale L.J.*, vol. 110, 2001, p. 785

- J. GORDLEY, "European Codes and American restatements : some difficulties", Symposium on the Restatement (Second) of Contracts, *Colum. L. Rev.*, vol. 81, 1981, p. 140
- L. GORMLEY, "Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in Keck & Mithouard", *EBLR*, vol. 5, 1994, p. 63
- L. GORMLEY, "Competition and Free Movement : is the Internal Market the Same as a Common Market ?", *EBLR*, vol. 13, 2002, p. 517
- R. GOSALBO BONO, « L'arrêt « Tabac » ou l'apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences », *RTDE*, n° 4, 2001, p. 790
- I. GOVAERE, « L'établissement des règles des marchés nationaux ou régionaux : de l'Etat régulateur souverain aux organisations d'intégration régionale promotrices, protectrices et intermédiaires », *RIDE*, n°3-4, 2003, p. 313
- M. GRAETZ and A. WARREN JR, "Dividend Taxation in Europe : when the ECJ makes tax policy", *CML Rev.*, vol. 44, 2007, p. 1577
- J.-M. GRAVE, « L'interdiction des taxes d'effet équivalant à un droit de douane : un élément fondateur de l'Union douanière au service du marché intérieur et de la politique commerciale commune », *RAE*, n° 4, 2005, p. 621
- M. S. GREVE, "The Dormant Commerce Clause as an Ex Ante Rule", *J. Econ. & Pol'y*, vol. 3, 2007, p. 241
- G. HAIBACH, "The Interpretation of Article 30 of the EC Treaty and the "Dormant" Commerce Clause by the European Court of Justice and the US Supreme Court", *I.C.L.Q.*, vol. 48, 1999, p. 155
- J. HANDOLL, "The protection of National Interests in the European Union", *IJEL*, 1994, p. 221
- T.-I. HARBO, "The Function of the Proportionality Principle in EU Law", *ELJ*, n° 2, 2010, p. 158
- J. HARRISON, "Reconstructing the Privileges or Immunities Clause", *Yale L. J.*, vol. 101, 1992, p. 1385
- V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, n° 2, 1998, p. 191
- V. HATZOPOULOS, « Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services », *CDE*, n° 1-2, 2010, p. 47
- B. HAWK, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ? », *RTDE*, n° 1, 1989, p. 5
- L. HEINZERLING, "The Commercial Constitution", *Sup. Ct. Rev.*, 1995, p. 217
- H.-F. HENNER, « Le protectionnisme: bilan, limites, réexamen », *Revue économique*, n° 6, 1982, p. 957
- C. HILSON, "Discrimination in Community free movement law", *ELRev.*, vol. 5, 1999, p. 445
- M. L. HIMES, "You Can't Take Without You: the Constitutionality of Workers' Compensation Rules Based on Residency", *W. New Eng. L. Rev.*, vol. 27, 2005, p. 261

- W. Z. HIRSCH and D. FLOYD, "The Substantial Reason Requirement under the Privileges and Immunities Clause: the Case of Residency Law", *Sw. U. L. Rev.*, vol. 15, 1984-1985, p. 431
- G. HOWELLS, "Federalism in EC and USA – The Scope for Harmonised Legislative Activity Compared", *Eur. Rev. Priv. L.*, vol. 6, 2002, p. 601
- L. IDOT, « Le marché européen des services : directive « Bolkestein » ou « Frankenstein » ? Le mythe de la loi d'origine », *Europe*, n° 3, 2005, p. 3
- A. ILIOPOULOU et A. JAUREGUIBERRY, « La première condamnation d'une discrimination à rebours par le Conseil d'Etat. A propos de l'arrêt du 6 octobre 2008 *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques e.a.* », *RFDA*, n° 1, 2009, p. 132
- J. D. JACKSON, "Putting Rationality Back Into the Rational Basis Test : Saving Substantive Due Process and Redeeming the Promise of the Ninth Amendment", *U. Rich. L. Rev.*, vol. 45, 2011, p. 491
- J.H. JANS, "Proportionality revisited", *LIEI*, 2000, p. 239
- E. M. JENSEN, "The Export Clause", *Fla. Tax. Rev.*, vol. 6, 2003, p. 1
- E. M. JENSEN, "Quirky Constitutional Provisions Matter: the Tonnage Clause, Polar Tankers, and State Taxation of Commerce", *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 18, 2011, p. 669
- R. JOLIET, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt *Keck et Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence », *JTDE*, n° 12, 1994, p. 145
- P. JUILLARD, « Les orientations de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême : établissement du marché unique et renforcement des libertés publiques », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 59
- K. KARST, "The Costs of Motive-Centered Inquiry", *San Diego L. Rev.*, vol. 15, 1978, p. 1163
- C. KELLETT, "The Market Participant Doctrine : No Longer 'Good Sense' or 'Sound Law' ", *Temp. Envtl. L. & Tech. J.*, vol. 9, 1990, p. 169
- H. KEMPF et M.-F. TOINET, « La fin du fédéralisme aux Etats-Unis ? », *RFSP*, n° 4, 1980, p. 735
- E. KITCH, "Regulation, the American Common Market and public choice", *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 6, 1982, p. 119
- C. A. KLEIN, "The Environmental Commerce Clause", *Harv. Envtl. L. Rev.*, vol. 27, 2003, p. 1
- D. W. KMIEC, "Nondiscrimination or Regulation : a U.S. –E.U. Comparison", *Tex. Rev. L. & Pol.*, vol. 12, 2008, p.405
- C. KOHLER et J.-C. ENGEL, « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, n° 1, 2007, p. 5
- S. D. KON, "Aspect of reverse discrimination in Community Law", *ELRev.*, vol 2, 1981, p. 75
- B. KOTSCHY, « Le « test discrimination » dans les libertés fondamentales – retour en arrière ou concept systématique bien ciblé ? Quelques réflexions à propos des arrêts « Hartmann » et « Geven » », *RDUE*, n° 1, 2008, p. 117

- R. KOVAR, « *Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose* », *RTDE*, n° 2, 2006, p. 213
- R. KOVAR, « Le législateur communautaire encadre le régime de la mise des produits dans le marché intérieur », *RTDE*, n°2, 2008, p.289
- K. LACKHOFF, “Restrictions on state interference with commerce in the U.S.A. and the EC”, *Colum. J. Eur. L.*, vol 2, 1996, p. 313
- M. LATHAM, “The Rehnquist Court and the Pollution Control Cases: Anti-Environmental and Pro-Business?”, *U. Pa. J. Const. L.*, vol. 10, 2007, p. 133
- M. A. LAWRENCE, “Toward a more coherent dormant clause: a proposed unitary framework”, *Harv. J. L. & Pub. Pol’y*, vol. 21, 1998, p. 395
- R. LAZARUS, “Restoring What’s Environmental About Environmental Law in the Supreme Court”, *UCLA L. Rev.*, vol. 47, 2000, p. 703
- C. LEBEN, « A propos de la nature juridique des communautés européennes », *Droits*, 1991, p. 61
- K. LENAERTS, “Constitutionalism and the Many Faces of Federalism”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 38, 1990, p. 205
- K. LENAERTS, « L’égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, n° 1-2, 1991, p. 3
- K. LENAERTS, “Federalism: Essential Concepts in Evolution – The Case of the European Union”, *Fordham Int’l L.J.*, vol. 21, 1998, p. 746
- K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, « L’encadrement communautaire de la fiscalité directe », *CDE*, n°1-2, 2007, p. 19
- K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l’article 3 B du Traité de l’Union Européenne », *CDE*, n° 1-2, 1994, p. 3
- P. F. MCGREAL, “The flawed Economics of the Dormant Commerce Clause”, *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 39, 1998, p. 1191
- H. MACHART, « La directive *Services* : de sa transposition à sa bonne application », *CJFI*, n° 67, 2012, p. 42
- P. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l’organe d’appel de l’OMC », *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 603
- M. S. MADDEN, “Federal Preemption of Inconsistent State Safety Obligations”, *Pace L. Rev.*, vol. 21, 2000, p. 103
- A. MAITROT de la MOTTE, « La fiscalité des dividendes dans l’Union européenne », *Europe*, n° 5, 2010, étude 6
- E. M. MALTZ, “How Much Regulation is Too Much – An Examination of Commerce Clause Jurisprudence”, *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 50, 1981, p. 47
- E. M. MALTZ, “The Impact of the Constitutional Revolution of 1937 on the Dormant Commerce Clause – A Case Study in the Decline of State Autonomy”, *Harv. J.L. & Pub. Pol’y*, vol. 19, 1995, p. 121
- G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d’effet équivalent à une restriction quantitative », *CDE*, 1984, p. 291

- D. MARTIN, « “Discriminations”, “entraves” et “raisons impérieuses” dans le traité CE : trois concepts en quête d’identité », *CDE*, n° 3-4, 1998, p 261 et n° 5-6, 1998, p. 561
- J.-C. MASCLET, « Les articles 30, 36 et 100 du Traité C.E.E. à la lumière de l’arrêt « Cassis de Dijon », *RTDE*, n° 4, 1980, p. 611
- J.-C. MASCLET, « La libre circulation des marchandises dans la CEE : perspectives législatives et réalités jurisprudentielles », *RTDE*, n° 2, 1986, p. 243
- R. MASON, “Common Markets, Common Tax Problems”, *Fla. Tax Rev.*, vol. 8, 2007, p. 599
- G. MATHISEN, “Consistency and Coherence as Conditions for Justifications of Member State Measures Restricting Free Movement”, *CML Rev.*, vol. 47, 2010, p. 1021
- A. MATTERA, « La libre circulation des marchandises et les articles 30 à 36 du traité CEE », *RMC*, 1976, p. 500
- A. MATTERA, « Les nouvelles formes de protectionnisme économique et les articles 30 et suivantes du traité », *RMC*, n° 267, 1983, p. 252
- A. MATTERA, « Les principes de « proportionnalité » et de la « reconnaissance mutuelle » dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services : de l’arrêt « Thieffry » aux arrêts « Vlassopoulou », « Mediawet » et « Dennemeyer » », *RMUE*, n° 4, 1991, p. 191
- A MATTERA, « L’article 30 du traité de la CEE, la jurisprudence « Cassis de Dijon » et le principe de reconnaissance mutuelle. Instruments au service d’une Communauté plus respectueuse des diversités nationales », *RMUE*, n°4, 1992, p. 13
- A MATTERA, « De l’arrêt « Dassonville » à l’arrêt « Keck » : l’obscur clarté d’une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », *RMUE*, n°1, 1994, p. 117
- K. MORTELMANS, “The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market – toward a concordance rule”, *CML Rev.*, vol. 39, 2002, p 1303
- K. MORTELMANS, “The Court Under the Influence of its Advocates General : An Analysis of the Case Law on the Functioning of the Internal Market”, *YEL*, vol. 24, 2005, p. 127
- H. MUIR WATT, “Experiences From Europe: Legal Diversity and the Internal Market”, *Tex. Int’l L.J.*, vol. 39, 2004, p. 429
- J.-Y. NAUDET, « Analyse économique de la mobilité des salariés », *RMC*, n° 341, 1991, p. 88
- D. NELSON, “The Police Powers: A Pretext for Protectionism?”, *Syracuse J. Int’l L. & Com.* vol. 32, 2004, p. 163
- G. NEUMAN, “Equal Protection, “General Equality” and Economic Discrimination from a U.S. Perspective”, *Colum. J. Eur. L.*, vol. 5, 1999, p. 281
- N. NIC SHUIBHNE, “A court within a court: Is it time to rebuild the Court of Justice?”, Editorial, *ELRev.*, n° 2, 2009, p. 173
- N. NIC SHUIBHNE, “Margins of appreciation : National values, fundamental rights and EC free movement law”, *ELRev.*, n° 2, 2009, p. 230
- W. OATES, “Fiscal Competition and the European Union: Contrasting perspectives”, *Regional Sci. & Urb. Econ.*, vol. 31, 2001, p. 133

- P. OLIVER, « La législation communautaire et sa conformité avec la libre circulation des marchandises », *CDE*, n° 2, 1979, p. 245
- P. OLIVER and S. ENCHELMAIER, “Free Movement of Goods : Recent developments in the Case-Law”, *CML Rev.*, 2007, p. 649
- L. OSTERLOH, « Harmonisation and Public Finance in Germany and Europe », *Colum. J. Eur. Law*, vol. 2, 1996, p. 519
- D. G. OWEN, “Federal Preemption of Products Liability Claims”, *S. C. L. Rev.*, vol. 55, 2003, p. 411
- C. PANN, “The Dormant Commerce Clause and State Regulation of the Internet: Are Laws Protecting Minors From Sexual Predators Constitutionally Different Than Those Protecting Minors From Sexually Explicit Materials?”, *Duke L. & Tech. Rev.*, vol. 8, 2005, p. 1
- F. PERALDI LENEUF, « La Cour de justice et la libéralisation des jeux en ligne: l’exigence de coherence », *RTDE*, n° 1, 2010, p. 7
- R. PERISSICH, « 20 après, le marché unique reste une priorité de l’UE », *Notre Europe*, Institut Jacques Delors, Tribune du 29 novembre 2012
- P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres », *RIDC*, 1980, p. 337
- P. PESCATORE, “Some critical remarks on the “Single European Act” ”, *CML Rev.*, vol. 24, 1987, p. 9
- E.-U. PETERSMANN, “National Constitutions, Foreign Trade Policy and European Community Law”, *Eur. J. Int’l L.*, 1992, p. 1
- F. PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d’entraves aux échanges », *RTDE*, n° 2, 1998, p. 169
- J. PINDER, “Positive Integration and Negative Integration: Some Problems of Economic Union in the EEC”, *World Today*, n° 24, 1968, p. 90
- K. PIRŠL, “Trends, Developments, and Mutual Influences between United States Corporate Law(s) and European Community Company Law(s)”, *Colum. J. Eur. L.*, vol 14, 2008, p. 277
- A. D. PLIAKOS, « La nature juridique de l’Union européenne », *RTDE*, n° 2, 1993, p. 187
- M. POIARES MADURO, “Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights”, *ELJ*, n° 3, 1997, p. 55
- J. Y. QIN, “Defining Non-discrimination Under the Law of the World Trade Organisation”, *B.U. Int’l L.J.*, vol. 23, 2005, p. 215
- B. RAEVENS, « Le règlement 764/2008 : vers une consolidation de la reconnaissance mutuelle des produits », *JDE*, n° 159, 2009, p. 131
- H. RASMUSSEN, “Between Self-Restraint and Activism: A Judicial Policy for the European Court of Justice”, *ELRev.*, vol. 13, 1988, p. 28
- A. RAYNAULD, « Observations sur la notion de marché », *L’Actualité économique, Revue d’analyse économique*, vol. 67, n° 2, 1991, p. 218
- M. H. REDISH and S. V. NUGENT, “The Dormant Commerce Clause and the Constitutional Balance of Federalism”, *Duke L.J.*, vol. 1987, 1987, p. 569

- D. H. REGAN, "The Supreme Court and State Protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause", *Mich. L. Rev.*, vol. 84, 1986, p. 1091
- N. REICH, "Competition between legal orders: A new paradigm of EC law?", *CML Rev.*, vol. 29, 1992, p. 861
- J. SCHMIDT, « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique », *RIDC*, n° 1, 1987, p. 43
- R. SCHÜTZE, "Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of community pre-emption", *CML Rev.*, vol. 43, 2006, p. 1023
- R. SCHÜTZE, "Dual federalism constitutionalised: the emergence of exclusive competences in the EC legal order", *ELRev.*, vol. 32, 2007, p. 3
- O. SEGNANA, « Le contentieux de la base juridique. A propos de l'annulation par Cour de justice des CE de la directive relative à la publicité pour le tabac », *JTDE*, n° 75, 2001, p. 9
- J. SIRINELLI, « La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique », *RDP*, n° 4, 2011, p. 883
- P. J. SLOT, "A Contribution to the Constitutional Debate in the EU in the Light of the Tobacco Judgment. What can be learned from the USA?", *EBLR*, vol. 13, 2002, p. 3
- M. E. SMITH, "State Discriminations Against Interstate Commerce", *Cal. L. Rev.*, vol. 74, 1986, p. 1203
- J. SNELL, "Who's got the Power: Free Movement and Allocation of Competences on EC Law", *Y.E.L.*, vol. 22, 2003, p. 323
- J. SNELL, "The notion of market access: A concept or a slogan?", *CML Rev.*, vol. 47, 2010, p. 437
- F. SOUTY, « La *State Action* Doctrine aux USA: Contribution aux réflexions sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles d'origine publique », *Concurrences*, n° 4, 2006, p. 56
- E. SPAVENTA, "On discrimination and the Theory of Mandatory Requirements", *CYELS*, vol. 3, 2002, p. 457
- E. SPAVENTA, "From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic European Constitution", *CML Rev.*, vol. 41, 2004, p. 743
- J. STEINER, "Drawing the Line: Uses and Abuses of Article 30 EEC", *CML Rev.*, vol. 26, 1992, p. 749
- R. STERN, "The Problem of Yesteryear, Commerce and Due Process", *Vanderbilt L. Rev.*, vol. 4, 1951, p. 446
- D. A. STRAUSS, "Why Was Lochner Wrong?", *U. Chi. L. Rev.*, vol. 70, 2003, p. 373
- C. TIEBOUT, "A pure theory of local expenditures", *JPE*, 1956, p. 416
- M.-F. TOINET, « Puissance et faiblesses de la Cour Suprême », *Pouvoirs*, n°59, 1991, p. 17
- A. TRYFONIDOU, "In Search of the Aim of the EC Free Movement of Persons provisions: Has the Court of Justice missed the Point?", *CML Rev.*, vol. 46, 2009, p. 1591
- A. TURINA, "Temporary Interstate Transactional Practice in the United States and Europe – Keeping Up with Modern Commercial Realities", *B.C.I.C.L.R.*, vol. 28, 2005, p. 225
- W. F. TWYMAN, Jr., "Beyond Purpose: Addressing State Discrimination in Interstate Commerce", *S.C. L. Rev.*, vol. 46, 1995, p. 381

- F. VANISTENDAEL, "The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty Against the Imperatives of the Single Market", *Eur. Tax'n*, vol. 46, 2006, p. 413
- R. VERCHICK, "Critical Space Theory: Keeping Local Geography in American and European Environmental Law", *Tul. L. Rev.*, vol. 73, 1999, p. 739
- F. VERGNIOLLE DE CHANTAL, « L'antifédéralisme américain, Diversité et pérennité », *Commentaire*, n° 91, 2000, p. 543
- C. VIGNEAU, « Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du traité de Rome », *La Semaine juridique – éd. Gen.*, 2008, II 10060, p. 33
- H.-C. VON HEYDEBRAND ud. LASA, "Free movement of Foodstuffs, Consumer Protection and Food standards in the European Community: Has the Court of Justice Got It Wrong?", *ELRev.*, vol. 16, 1991, p. 391
- M. WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en œuvre du traité CEE », *CDE*, n° 4, 1982, p. 347
- M. WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en œuvre de l'Acte Unique Européen », *CDE*, n° 1, 1989, p. 41
- E. WALTER, "The Supreme Court goes dormant when desperate times call for desperate measures: looking to the European Union for a lesson in environmental protection", *Fordham L. Rev.*, vol. 65, 1996, p. 1161
- S. WEATHERILL, "After *Keck*: Some thoughts on how to clarify the clarification", *CML Rev.*, vol. 33, 1996, p. 885
- E. WHITE, "In search of the limits to Article 30 of the EEC Treaty", *CML Rev.*, vol. 26, 1989, p. 235
- M. WILDERSPIN, « Que reste-t-il du principe du pays d'origine ? Le regard des internationalistes », *Europe*, n° 6, 2007, p. 26
- N. R. WILLIAMS, "Why Congress May Not "Overrule" The Dormant Commerce Clause", *UCLA L. Rev.*, vol. 53, 2005, p. 153
- N. R. WILLIAMS, "The Commerce Clause and the Myth of Dual Federalism", *UCLA L. Rev.*, vol. 54, 2007, p. 1847
- N. R. WILLIAMS, "The Foundations of the American Common Market", *Notre Dame L. Rev.*, vol. 84, 2008, p. 409
- N. R. WILLIAMS and B. P. DENNING, "The "New Protectionism" and the American Common Market", *Notre Dame L. Rev.*, vol. 85, 2009, p. 247
- W. WILS, "The Search for the Rule in Article 30 EEC: much ado about nothing?", *ELRev.*, vol. 18, 1993, p. 475
- D. WILSHER, "Does *Keck* discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market", *ELRev.*, vol. 33, 2008, p. 3
- E. A. ZELINSKY, "Restoring Politics to the Commerce Clause: The Case for Abandoning the Dormant Commerce Clause Prohibition on Discriminatory Taxation", *Ohio N. U. L. Rev.*, vol. 29, 2002, p. 29
- E. ZOLLER, « Présentation de la Cour Suprême des Etats-Unis », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 5, 1998, p. 34

COMMENTAIRES D'ARRÊTS, CHRONIQUES

- A. RIGAUX, « Nouvel épisode de la difficile qualification de mesure d'effet équivalent : le sort des abeilles brunes de Laeso », *Europe*, n° 3, 1999, chron. n°2, p. 7
- A. RIGAUX, « La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité (Rapide bilan à propos de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Gourmet International Products) », *Europe*, n° 5, 2001, p. 5
- A. RIGAUX, « Symphonie déconcertante ou Keckophonie ? (à propos des dissonances de l'arrêt Morellato) », *Europe*, n° 11, 2003, p. 7
- A. RIGAUX, « note sous l'arrêt *Commission c/ Italie* », *Europe*, n° 4, 2009, comm. 158
- A. RIGAUX et D. SIMON, « La guerre du foie gras aura-t-elle lieu ? », *Europe*, n° 12, 1998, comm. 399
- L. IDOT, « Fin de l'interdiction française de la rémunération des comptes à vue », Note sous l'arrêt *CaixaBank France*, *Europe*, n° 12, 2004, comm. 402, p. 16
- E. SPAVENTA, Note sous l'arrêt *CaixaBank*, *CML Rev.*, vol. 42, 2005, p. 1151
- D. SIMON, note sous l'arrêt *Anders Ahokainen*, *Europe*, n° 11, 2006, comm. 311, p. 15

ETUDES, RAPPORTS, DOCUMENTS

- Comité intergouvernemental créé par la conférence de Mesrine, Rapport des chefs de délégation aux ministres des affaires étrangères (dit "Rapport Spaak"), Bruxelles, 21 avril 1956
- T. PADOA-SCHIOPPA and M. EMERSON, *Efficacité, stabilité, équité : une stratégie pour l'évolution du système économique de la Communauté européenne – Rapport à la Commission des Communautés européennes*, Economica, 1987 (219 p.)
- J. PELKMANS, *The internal markets of north America, fragmentation and integration in the US and Canada*, Research on the "Cost of non-Europe" Basic Findings, vol. 16, document of the Commission of the EU, 1988 (176 p.)
- Conseil d'Etat, Rapport public 2007, jurisprudence et avis de 2006. *L'Administration française et l'Union européenne : quelles influences ? Quelles stratégies ?* (427 p.)

THÈSES, MÉMOIRES

- E. AUBER, *Analyse comparative de la répartition des compétences dans l'Union européenne et dans la fédération des Etats-Unis d'Amérique*, thèse, Paris II, 2007 (406 p.)
- J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement, The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002 (204 p.)

- F. BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1998 (611 p.)
- A.-S. BAUDRAN, *La notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation. Etude de droit communautaire*, J.-B. BLAISE (dir.), thèse, Paris II, 2002 (533 p.)
- M. BENLOLO CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2007 (782 p.)
- A. BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de « reconnaissance mutuelle » en droit communautaire*, thèse, Université de Lausanne, 1995 (350 p.)
- V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1974 (492 p.)
- G. DAVIES, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer Law International, 2003 (225 p.)
- G. DEMME, *Le droit des restrictions verticales : Analyse comparative*, thèse, Paris II, 2008 (459 p.)
- D. DERO, *Réciprocité et le droit des Communautés et de l'Union européenne*, Bruylant, 2006 (571 p.)
- E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, 2006 (845 p.)
- D. FASQUELLE, *Droit américain et communautaire des ententes : étude de la règle de raison*, GLN Joly éd., 1992 (290 p.)
- J.-P. FELDMAN, *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, PUF, 2004 (294 p.)
- T. GLIOZZO, *L'Etat fédéré américain*, Bruylant, 2004 (731 p.)
- R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2003 (555 p.)
- J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, thèse, Paris I, 2009 (506 p.)
- A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, 2008 (795 p.)
- K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, 1988 (817 p.)
- P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2007 (396 p.)
- A. MAITROT de la MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire, Recherche sur les impôts directs*, LGDJ, 2005 (537 p.)
- D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2006 (669 p.)
- F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, thèse, Paris I, 2007 (841 p.)

- T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, PUAM, 2009 (703 p.)
- F. MAUPAIN, *L'intégration économique et l'intégration juridique à travers la mise en œuvre de la clause de la constitution des Etats-Unis et de l'expérience de la CEE*, thèse, Paris II, 1975 (249 p.)
- V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003 (704 p.)
- F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, Thèse, Université Robert – Schuman – Strasbourg II, 1994 (504 p.)
- M. POIARES MADURO, *We the Court : The European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of the Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, 1998 (194 p.)
- A. RACLET, *Droit communautaires des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002 (555 p.)
- H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986 (555 p.)
- S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999 (552 p.)
- A. SCHRAUWEN, *Marché Intérieur, recherche sur une notion*, thèse, Amsterdam, 1997 (290 p.)
- V. VIALARD, *Le critère d'appréciation substantielles des concentrations – Etude comparée des droits communautaire et américain*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2007 (576 p.)
- C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruylant, 2006 (620 p.)
- C. VOLLOT-BRUNEAU, *Les mesures nationales indistinctement applicables et les libertés de circulation : de l'utilité d'une théorie jurisprudentielle ?*, thèse, Lille 2, 2007 (371 p.)
- S. A. de VRIES, *Tensions within the Internal Market. The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Europa, Law Publishing, Groningen, 2006 (463 p.)
- M. de WOLF, *Souveraineté fiscale et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Bruylant, LGDJ, 2005 (500 p.)

OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS, MONOGRAPHIES, COURS, ENCYCLOPÉDIES

- C. J. ANTIEAU and W. J. RICH, *Modern Constitutional Law*, vol. 3 : *The States & the Federal government*, 2nd ed., West group, 1997 (770 p.)
- H. ARENDT, *Essai sur la Révolution*, Gallimard, 1967 (475 p.)

- A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, OUP, 2nd ed., 2006 (699 p.)
- F. AUBRY-CAILLAUD, *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Pédone, 1998 (341 p.)
- L. AZOULAI, *Droit économique européen*, fascicule du Cours du Professeur AZOULAI en Master Droit économique 1, 2008-2009, IEP de Paris (disponible en ligne)
- B. A. BALASSA, *The theory of Economic Integration*, George Allen & Unwin Ltd, 1962 (304 p.)
- C. BARNARD, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, OUP, Oxford, 2004 (784 p.)
- D. BERLIN, *Droit fiscal communautaire*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1988 (410 p.)
- D. BERLIN, « Surveillance communautaire des droits fiscaux nationaux », *JurisClasseur Europe*, fasc. 1610, 2005
- G. A. BERMANN, R.J. GOEBEL, W. J. DAVEY, E. M. FOX, *Cases and materials on European Union Law*, American Casebook Series, West Group, 2nd ed., 2002 (1434 p.)
- C. J. BERR et H. TREMEAU, *Le droit douanier, communautaire et national*, Economica, 7^{ème} éd., 2006 (621 p.)
- C. J. BERR, *Introduction au droit douanier*, Economica, 2008 (73 p.)
- C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 4^{ème} éd., 2010 (828 p.)
- M. BURGESS, *Comparative Federalism, Theory and Practice*, Routledge, 2006 (357 p.)
- R. BUXBAUM and K. HOPT, *Legal harmonization and the business enterprise : corporate and capital market law, harmonization policy in Europe and the U.S.A.*, De Gruyter, 1988 (346 p.)
- D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2010 (770 p.)
- D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2010 (1150 p.)
- S. CHARBONNEAU, *Droit communautaire de l'environnement*, L'Harmattan, 2006 (295 p.)
- D. COENEN, *The Commerce Clause*, New York, N.Y., Foundation Press, Thomson West, 2004 (395 p.)
- E. COMBE, *La politique de la concurrence*, La Découverte, 2008 (120 p.)
- V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd. mise à jour, 2006 (564 p.)
- J. DE RUYT, *L'Acte Unique Européen, Commentaire*, éditions de l'Université de Bruxelles, coll. Etudes Européennes, 1989 (389 p.)
- R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1997 (160 p.)
- J-F DENIAU et G. DRUESNE, *Le Marché commun*, Que sais-je ? P.U.F., 16^{ème} éd., 1996 (127 p.)

- F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations » in *Répertoire communautaire Dalloz*, vol. 4, oct 1996 (57 p.)
- F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations » in *Répertoire communautaire Dalloz*, vol. 4, août 2006 (71 p.)
- S. DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, Pearson Education, 2002 (553 p.)
- C. DRAHOZAL, *The Supremacy Clause – A Reference Guide to the United States Constitution*, Greenwood Publishing Group, 2004 (206 p.)
- G. DRUESNE, *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, PUF, 8^{ème} éd., 2006 (629 p.)
- L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union Européenne*, coll. Domat droit public, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2006 (676 p.)
- M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2002 (902 p.)
- E. GAILLARD, D. CARREAU, W. L. LEE, *Le marché unique européen*, Pedone, coll. études internationales, 1989 (286 p.)
- C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 5^{ème} éd., 2006 (570 p.)
- D. GERADIN, *Trade and the environment: a comparative study of EC and US law*, Cambridge University Press, 1997 (260 p.)
- R. GINSBERG, *Demystifying the European Union, The Enduring Logic of Regional Integration*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2007 (423 p.)
- M. GLADER, *Innovation markets and competition analysis: EU competition law and US antitrust law*, E. Elgar, 2006 (340 p.)
- B. GOLDMAN et A. LYON-CAEN, *Droit commercial européen*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1983 (1123 p.)
- L. GRARD, « Droit européen des transports », *Encyclopédie Dalloz communautaire*, Fasc. 1130, 2009
- A. HAMILTON, *The Federalist*, n° 11, 1787 (en ligne)
- M. HOUSER, « Fonction publique et droit de l'Union européenne », *JurisClasseur Collectivités territoriales*, Fasc. 788, 2012
- J.-H. HUGLO, « Droit d'établissement et libre prestation de services », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 710, 2011
- G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012 (768 p.)
- J.H. JANS, *European environmental law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2000 (560 p.)
- M. JARVIS, *Application of EC Law by National Courts: The Free Movement of Goods*, OUP, 1998 (540 p.)
- C. JOERGES, « The Market without the State? 'The Economic Constitution' of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics », in *The Market Without the State? – States Without a Market?: Two Essays on the Law of the European Economy*, EUI Working Paper Law, n° 96/2, Florence, 1996, p. 1

- R. KOVAR, « Liberté des échanges, droit de brevet et savoir-faire », *JurisClasseur Europe*, fasc. 1720, 2002
- C. LERAT, *La Cour Suprême des Etats-Unis : pouvoirs et évolution historique*, Presse Universitaire de Bordeaux, 2003 (328 p.)
- F. LEVEQUE et H. SHELANSKI, *Merger Remedies in American and European Union Law*, E. Elgar, 2003 (256 p.)
- D. LUFF, *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruylant, L.G.D.J., 2004 (1277 p.)
- F. MARIATTE et D. RITLENG, *Contentieux de l'Union européenne / I, Annulation, Exception d'illégalité*, D. SIMON (dir.), Paris Lamy Wolters Kluwer, 2011 (390 p.)
- D. MARTIN, « Libre circulation des travailleurs », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 601, 2007
- D. MARTIN, « Libre circulation des travailleurs », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 601, 2010
- J. MOLINIER et N. De GROVE-VALDEYRON, *Droit du marché intérieur européen*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2008 (230 p.)
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Gallimard, 1995 (608 p.)
- NGUYEN QUOC DINH, A. PELLET et P. DAILLIER, *Droit international public*, 6^{ème} éd., LGDJ, 1999 (1457 p.)
- C. NOURISSAT, *Droit communautaire des affaires*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2005, (368 p.)
- J. E. NOWAK and R. D. ROTUNDA, *Constitutional law*, 2nd ed., Hornbook series, Thompson West, 2004 (1652 p.)
- E. NYAHOHO et P.-P. PROULX, *Le commerce international. Théories, politiques et perspectives industrielles*, Presses de l'Université du Québec, 2006 (824 p.)
- J. T. O'REILLY, *Federal Preemption of State and Local Law*, American Bar Association, 2007 (235 p.)
- P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Community*, 4th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, 2003 (570 p.)
- F. ORTINO, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: a Comparative Analysis of EC and WTO Law*, Hart, 2004 (502 p.)
- J. PELKMANS, *European integration: methods and economic analysis*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times, 2001 (480 p.)
- F. PICOD, « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 890, 2009
- F. PICOD, « Cour de justice – Composition – Organisation – Compétences », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 265, 2011
- F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, La documentation française, 2008 (523 p.)
- J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2006 (1281 p.)
- R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement*, avec la collaboration de G. BOSSIS et S. ROUSSEAUX, Domat droit public, édition Montchrestien, 2005 (368 p.)

- R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, OUP, 2009 (391 p.)
- J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2009 (1631 p.)
- D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Coll. Droit Fondamental, PUF droit, 3^{ème} éd. mise à jour, 2001 (779 p.)
- C. SOULARD, « Union douanières - Principes », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 500, 2006
- C. SOULARD, « Union douanière – Régimes douaniers et destinations douanières », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 503, 2006
- O. H. STEPHENS Jr. and J. M. SCHEB II, *American Constitutional Law*, Wadsworth, 1999, 2nd ed. (862 p.)
- K. M. SULLIVAN and G. GUNTHER, *Constitutional Law*, University Casebook Series, Foundation Press, 14th ed., 2001 (1537 p.)
- P. H. TEITGEN, *Origines, objectifs et nature des Communautés européennes*, Bureau d'information des Communautés européenne, 1975 (105 p.)
- P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne. Eléments de droit comparé, américain, chinois et indien*, Bruylant, 2008 (987 p.)
- P. THIEFFRY, « Politique européenne de l'environnement – Bases juridiques – Processus normatif – Principes », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 1900, 2010
- J. TINBERGEN, *International economic integration*, Elsevier, 1954 (191 p.)
- L. H. TRIBE *American Constitutionnal Law*, vol. 1, Foundation Press, 3rd ed., 2000 (1470 p.)
- A. TRYFONIDOU, *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, 2009 (292 p.)
- M. WAELBROECK, *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire*, Edition de l'Université de Bruxelles, 1975 (64 p.)
- S. WEATHERILL, *Law and integration in the European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1996 (328 p.)
- S. WEATHERILL and P. BEAUMONT, *EU Law*, 3rd ed., Penguin, London, 1999 (1312 p.)
- A. ZIEGLER, *Trade and Environmental Law in the European Community*, Clarendon Press, OUP, 1996 (308 p.)
- J. F. ZIMMERMAN, *Congressional Preemption*, SUNY Press, 2005 (288 p.)
- E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 1999, (642 p.)
- E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Droit politique et théorique, coll. droit fondamental, PUF, 2000 (1328 p.)
- E. ZOLLER, *Aspects internationaux du droit constitutionnel, Contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, Recueil des cours de l'Académie de droit de La Haye, Tome 294, 2002, p 41

OUVRAGES COLLECTIFS, MÉLANGES, COLLOQUES

- K. ARMSTRONG, "Mutual Recognition", in C. BARNARD and J. SCOTT, *The Law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, p. 225
- J-Y ART, « Marché intérieur » in A. BARAV et C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés Européennes*, PUF, 1993, p 644
- L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Editions Frison-Roche, 2003, p. 277
- L. AZOULAI, « La formule de l'entrave », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 1
- A. BAILLEUX, « Entrave et droits fondamentaux » in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 225
- C. BARNARD and S. DEAKIN, "Market access and Regulatory Competition", in C. BARNARD et J. SCOTT, *The Law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, p. 197
- A. BAVASSO and D. O'KEEFE, "Four freedoms, one market and national competence : in search of a dividing line", in *Judicial Review in European Law, Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, vol. 1, 2000, p. 541
- G. A. BERMAN, "Proportionality and subsidiarity" in C. BARNARD and J. SCOTT, *The Law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, p. 38
- V. BLASI, "Constitutional Limitation on the Power of States To Regulate the Movements of Goods in Interstate Commerce", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets: Perspective From The United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford 1982, Vol. I, p. 195
- G. De BURCA, "Unpacking the Concept of Discrimination in the EC and the WTO", in C. BARNARD et J. SCOTT, *The Law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, p. 181
- J.-Y. CARLIER, « Libre circulation des travailleurs, citoyenneté et circulation libre des personnes », in O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL, *Une Constitution pour l'Europe : réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004, p. 143
- W. COHEN, "Congressional Power to Define State Power to Regulate Commerce: Consent and Pre-emption", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets: Perspective From The United States and Europe*, Clarendon Press. Oxford 1982, vol. I, p. 523
- A. CONARD, "Federal Protection of Free Movement of Corporations", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets: Perspective From The United States and Europe*, , Clarendon Press, Oxford, 1982, vol. I, p. 363
- P. CRAIG, "The evolution of the Single Market", in C. BARNARD and J. SCOTT, *The Law of the Single European market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002
- R. DEHOUSSE and J. WEILER, "The Legal Dimension", in W. WALLACE (ed.), *The dynamics of european integration*, Pinter, 1990, p. 242

- G. DELLIS, « Commentaire des articles 94 et 95 du traité CE », in P. LEGER (dir.) *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruylant, 2000, p. 896
- B. J. DRIJBER, « Les services d'intérêt économique général et la libre prestation des services », in J.-V. LOUIS et S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 65
- O. DUBOS, « L'Union Européenne : Shynx ou Enigme ? », in *Dynamiques du droit européen en début de siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, p. 29
- E. DUBOUT, « Entrave et discrimination », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 137
- M. DUPONT-DOBZYNSKI, « Les fondement micro-économiques du fédéralisme », in A. ALLAIN, M. DUPONT et M. HEARN (eds.), *Les Fédéralismes*, Actes du Colloque tenu à Lille, 1996, p. 59
- G. FITCHEW, "Political Choices", in R. BUXBAUM, G. HERTIG, A. HIRSCH and K. HOPT (eds.), *European Business Law – Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, W. de Gruyter, 1991, p. 1
- G. GAJA, « Les discriminations à rebours : un revirement souhaitable », *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, vol. II, Etudes de droit européen et international, Bruylant Bruxelles, 1999, p. 993
- B.G. GARTH, "Migrant Workers and Rights of Mobility in the European Community and the United States: A study of Law, Community, and Citizenship in the Welfare State", in CAPPELLETTI, SECCOMBE, WEILER (eds.), *Integration through law, Europe and the American Federal Experience: Methods, Tools and Institutions*, Book 3, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1986, p. 85.
- Y. GAUTIER, « La compétence communautaire exclusive », in *Mélanges en l'honneur de G. Isaac, 50 ans de droit communautaire*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 165
- W. HELLERSTEIN, "Federal constitutional restraints on tax competition among the American states", *Liber Amicorum J. Malherbe*, Bruylant, 2006, p. 563
- R. HYLAND, "The American Experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination", in M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. du PERRON (eds.), *Towards a European Civil Code*, 2nd ed., Nimègue, Ars Aequi Libri, 1998, p. 59
- L. IDOT, « Entrave et restriction de concurrence », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 169
- A. ILIOPOULOU, « Entrave et citoyenneté de l'Union », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 191
- F. JACOBS, "Recent Developments in the Principle of Proportionality", in E. ELLIS (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 1
- B. JESUS, « Commentaire de l'article 39 », in P. LEGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing et Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000, p. 329
- C. KESSEDJIAN, « Entrave et disparités des législations », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 25

- E. KITCH, "Regulation and the American Common Market", A. TARLOCK (ed.) *Regulation, Federalism, and Interstate Commerce*, Oelgeschlager, Gunn and Hain, 1981, p. 7
- E. KITCH, "Business Organization Law: State or Federal? An Inquiry Into the Allocation of Political Competence in Relation to Issues of Business Organization Law in a Federal System", in R. BUXBAUM, G. HERTIG, A. HIRSCH and K. HOPT (eds.), *European Business Law – Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, W. de Gruyter, 1991, p. 35
- D. P. KOMMERS and M. WAELBROECK, "Legal integration and the free movement of goods : the american and european experience", in CAPPELLETTI, SECCOMBE, WEILER (eds.), *Integration through law, Europe and the American federal Experience*, Book 3, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1986, p. 165
- R. KOVAR, « Conclusions », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 349
- G. LAGADEC, « Une union douanière : le choix historique », in E. FARVAQUE et G. LAGADEC (dir.), *Intégration économique européenne ; problèmes et analyses*, De Boeck Université, 2002, p. 33
- K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », in F. R. VAN DER MENSBRUGGHE (éd.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses Universitaires de Namur, 2003, p. 111
- H. A. LINDE, "Transportation and State Laws Under the United States Constitution: The Evolution of Judicial Doctrine", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets, Perspectives from the United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford 1982, Vol. I, p. 139
- A. MAITROT de la MOTTE, « L'entrave fiscale », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 97
- G. F. MANCINI, "The United States Supreme Court and the European Court of Justice", in G. F. MANCINI, *Democracy and constitutionalism in the EU. Collected Essays*, Hart, Oxford, 2000, p. 163
- C. MEIER-SCHATZ, "American Legal Harmonization from a European Perspective", in R. BUXBAUM, G. HERTIG, A. HIRSCH and K. HOPT (eds.), *European Business Law – Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, W. de Gruyter, 1991, p. 61
- V. MICHEL, « Le législateur européen et l'entrave », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 283
- K. MORTELMANS, "The Functioning of the Internal Market: The Freedoms", in P.J.G. KAPTEYN and P. VERLOREN VAN THEMAAT, *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer Law International BV, 4th ed., 2008, p. 575
- H. MUIR WATT, « L'expérience américaine », in A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 145
- E. NEFRAMI, « L'entrave dans l'action extérieure de l'Union européenne », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 325
- C. NOURISSAT, « Le droit commun du marché », in V. MAGNIER (dir.), *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, PUF, 2007, p. 9

- P. PESCATORE, « La notion de marché commun dans les traités instituant l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise, le Benelux et les CE », in *Mélanges V. Gothot (en hommage à)*, Liège 1962, p. 497
- P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la cour de justice – Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, tome III, Bruylant, LGDJ, 1972, p. 325
- F. PICOD, « La jurisprudence *Keck* et *Mithouard* a-t-elle un avenir ? », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 47
- M. POIARES MADURO, « La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour Suprême des Etats-Unis face à l'entrave », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 259
- C. PRIETO, « Entrave et accès au marché », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 73
- N. REICH, "How proportionate is the proportionality principle ? Some critical remarks on the use and methodology of the proportionality principle in the internal market case law of the ECJ", Paper présenté à la Conférence d'Oslo, *The Reach of Free Movement*, 18-19 mai 2011
- D. RITLENG, « Les Etats membres face aux entraves », in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 303
- S. RODRIGUES, « Article 95 CE », in I. PINGEL (dir.), *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, Paris, Dalloz, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2010, p. 817
- G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, "Drinks in Luxembourg – Alcoholic Beverages and the Case-Law of the European Court of Justice", *Judicial Review in European Law, Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, vol. 1, 2000, p. 523
- G. M. ROSBERG, "Free Movement of Persons in the United States", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets: Perspective From The United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford, 1982, vol 1, p. 275
- T. SANDALOW, "The Expansion of Federal Legislative Authority", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets, Perspectives from the United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford 1982, Vol. I, p. 49
- C. H. SCHROEDER, "Supreme Court Preemption Doctrine", in W.W. BUZBEE (ed.), *Preemption Choice: the Theory, Law and Reality of Federalism's Core Question*, CUP, 2008, p. 119
- O. de SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalité : le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, 1999, p. 14
- M. SHAPIRO, "The U.S. Supreme Court and the European Court of Justice Compared", in A. MENON and M. SCHAIN (eds.), *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, OUP, 2006, p. 195

- D. SIMON, « Commentaire de l'article 8A du traité CEE », in V. CONSTANTINESCO, J-P JACQUE, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, commentaire article par article*, éd. Economica, 1992 p 73
- D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 47
- E. STEIN and T. SANDALOW, "On the two systems: an overview", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets, Perspectives from the United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford, 1982, Vol. I, p. 3
- C.R. SUNSTEIN, "Protectionism, the American Supreme Court, and Integrated Markets", in R. BIEBER, R. DEHOUSSE, J. PINDER, J. H. H. WEILER (eds.), 1992: *One European Market?: a critical analysis of the Commission's internal market strategy*, Baden-Baden, 1988, p. 127
- H. TAGARAS, « Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites purement internes », in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, vol II, Etudes de droit européen et international, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 1499
- C. TIMMERMANS, "Lifting the Veil of Union Citizens' Rights", in N. COLNERIC, D. EDWARD, J.-P. PUISSOCHET et D. RUIZ-JAROBO COLOMAR (éds.), *Une Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2003, p. 195
- D. M. TRUBEK, "Consumer Law, Common Markets and Federalism: Introduction and General Concept", in T. BOURGOIGNIE and D. TRUBEK, *Consumer Law, Common markets and federalism, Integration through law*, vol. 3, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1986, p. 1
- D. M. TRUBEK, L. G. TRUBEK and D. STINGL, "Consumer Law in the American Federal System", in T. BOURGOIGNIE and D. TRUBEK, *Consumer Law, Common markets and federalism, Integration through law*, vol. 3, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1986, p. 27
- W. VAN GERVEN, "Constitutional aspects of the european court's case-law on articles 30 and 36 EC as compared with the U.S. dormant commerce clause", in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, p 1629
- D. VAN LIEDEKERKE, « Harmonisation (des législations) », in A. BARAV et C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 566
- R. VERCHICK and N. MENDELSON, "Preemption and Theories of Federalism", in W.W. BUZBEE (ed.), *Preemption Choice: the Theory, Law and Reality of Federalism's Core Question*, CUP, 2008, p. 13
- M. WAELBROECK, "The Emergent Doctrine of Community Pre-emption – Consent and Re-delegation", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), *Courts and free markets, perspectives from the United States and Europe*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 548
- S. WEATHERILL, "Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market", in C. BARNARD and J. SCOTT, *The Law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, p. 41
- J. H. H. WEILER, "The Constitution of the Common Market place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods", in P. CRAIG and G. DE BURCA (eds.), *The evolution of EU Law*, OUP, 1999, p. 350

II – JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE AMÉRICAINNE

JURIDICTIONS FÉDÉRALES

Cour Suprême

1803

Marbury v. Madison 5 U.S. 137 (1803)

1810

Fletcher v. Peck, 6 Cranch 87 (1810)

1816

Martin v. Hunter's Lessee, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816)

1819

McCulloch v. Maryland 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)

1824

Gibbons v. Ogden, 22 U.S. (9. Wheat.) 1 (1824)

1827

Brown v. Maryland 25 U.S. (12 Wheat.) 419 (1827)

1829

Wilson v. The Black-Bird Creek Marsh Co. 27 U.S. (2 Pet.) 245 (1829)

1839

Bank of Augusta v. Earle, 38 U.S. (13 Pet.) 519 (1839)

1847

The « licence Cases » (Thurlow v. Massachusetts ; Fletcher v. Rhode Island ; Peirce v. New Hampshire), 46 U.S. (5 How.) 504 (1847)

1849

Smith v. Turner ("Passenger Cases"), 48 U.S. 283 (1849)

1850

United States v. Marigold, 50 U.S. (9 How.) 560 (1850)

1851

Cooley v. The Board of Wardens of the Port of Philadelphia, 53 U.S. (12 How.) 299 (1851)

1852

Pennsylvania v. Wheeling & Belmont Bridge Co., 54 U.S. (13 How.) 518 (1852)

1856

Pennsylvania v. Wheeling & Belmont Bridge Co., 59 U.S. (18 How.) 421 (1856)

1861

Almy v. California, 65 U.S. 169 (1861)

1867

Steamship Co. v. Portwardens, 73 U.S. (6 Wall.) 32 (1867)

Crandall v. Nevada, 73 U.S. (6 Wall.) 35 (1867)

1868

Woodruff v. Parham, 75 U.S. (8 Wall.) 123 (1868)

1869

Paul v. Virginia, 75 U.S. (8 Wall.) 168 (1869)

1870

Ward v. Maryland, 79 U.S. (12 Wall.) 418 (1870)

1871

State Tonnage Tax Cases, 79 U.S. 204 (1871)

Low v. Austin, 80 U.S. (13 Wall.) 29 (1871)

1873

Reading Railroad Company v. Pennsylvania (“Case of State Freight Tax”), 82 U.S. 232 (1873)

Slaughter-House Cases, 83 U.S. 36 (1873)

Peete v. Morgan, 86 U.S. (19 Wall.) 581 (1873)

1874

Cannon v. City of New Orleans, 87 U.S. (20 Wall.) 577 (1874)

1875

Welton v. Missouri, 91 U.S. (1 Otto) 275 (1875)

1876

Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1876)

Inman Steamship Co. v. Tinker, 94 U.S. 238 (1876)

1877

Railroad Co. v. Husen, 95 U.S. 465 (1877)

1878

Hall v. De Cuir, 95 U.S. 485 (1878)

Cook v. Pennsylvania, 97 U.S. 566 (1878)

1880

Guy v. Baltimore, 100 U.S. 434 (1880)

Tiernan v. Rinker, 102 U.S. 123 (1880)

1881

Webber v. Virginia, 103 U.S. 344 (1881)

1884

Barbier v. Connolly, 113 U.S. 27 (1884)

1885

Brown v. Houston, 114 U.S. 622 (1885)

1886

Willing v. Michigan, 116 U.S. 446 (1886)

1887

Robbins v. Shelby County Taxing District, 120 U.S. 489 (1887)

1888

Leloup v. Mobile, 127 U.S. 640 (1888)

Kidd v. Pearson, 128 U.S. 1 (1888)

1890

Leisy v. Hardin, 135 U.S. 100 (1890)

Minnesota v. Barber, 136 U.S. 313 (1890)

1891

Brimmer v. Rebman, 138 U.S. 78 (1891)

Wilkerson v. Rahrer (“*In re Rahrer*”), 140 U.S. 545 (1891)

Pullman’s Car Co. v. Pennsylvania, 141 U.S. 18 (1891)

Voight v. Wright, 141 U.S. 62 (1891)

1894

Plumley v. Massachussets, 155 U.S. 461 (1894)

1895

Hooper v. California, 155 U.S. 648 (1895)

1896

Geer v. Connecticut, 161 U.S. 519 (1896)

1897

Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897)

1898

Rhodes v. Iowa, 170 U.S. 412 (1898)

Vance v. W. A. Vandercook Co., 170 U.S. 438 (1898)

Patapsco Guano Co. v. North Carolina Bd. of Agriculture, 171 U.S. 345 (1898)

1902

Travellers' Insurance Co. v. Connecticut, 185 U.S. 364 (1902)

1903

Champion v. Ames, 188 U.S. 321 (1903)

1905

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)

Gardner v. Michigan, 199 U.S. 325 (1905)

1908

Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908)

Asbell v. Kansas, 209 U.S. 251 (1908)

1911

Chicago R.I. & Pacific Ry. v. Arkansas, 219 U.S. 453 (1911)

Coyle v. Smith, 221 U.S. 559 (1911)

West v. Kansas Natural Gas Co., 221 U.S. 229 (1911)

1913

Schmidinger v. City of Chicago, 226 U.S. 578 (1913)

1914

Kansas City Sou. Ry. Co. v. Kaw Valley Drainage dist., 233 U.S. 75 (1914)

St. Louis Southwestern R. Co. v. Arkansas, 235 U.S. 350 (1914)

1915

Hendrick v. Maryland, 235 U.S. 610 (1915)

Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915)

Truax v. Raich, 239 U.S. 33 (1915)

1916

St. Louis, Iron Mountain & Southern Ry. Co. v. Arkansas, 240 U.S. 518 (1916)

Vandalia R. Co. v. Public Service Comm'n, 242 U.S. 255 (1916)

1917

Bunting v. Oregon, 243 U.S. 426 (1917)

New York Central R. Co. v. Winfield, 244 U.S. 147 (1917)

1919

Chalker v. Birmingham & Northwestern R. Co., 249 U.S. 522 (1919)

Maxwell v. Bugbee, 250 U.S. 525 (1919)

1920

Shaffer v. Carter, 252 U.S. 37 (1920)

Travis v. Yale & Towne Mfg. Co., 252 U.S. 60 (1920)

1923

Phipps v. Cleveland Refining Co., 261 U.S. 449 (1923)

Chas. Wolff Packing Co. v. Court of Ind. Relations, 262 U.S. 522 (1923)

Pennsylvania v. West Virginia, 262 U.S. 553 (1923)

1924

Jay Burns Baking Co. v. Bryan, 264 U.S. 504 (1924)

1925

Buck v. Kuykendall, 267 U.S. 307 (1925)

1926

Weaver v. Palmer Bros., 270 U.S. 402 (1926)

1927

DiSanto v. Pennsylvania, 273 U.S. 34 (1927)

Morris v. Duby 274 U.S. 135 (1927)

1928

Hemphill v. Orloff, 277 U.S. 537 (1928)

Foster-Fountain Packing Co. v. Haydel, 278 U.S. 1 (1928)

Johnson v. Haydel, 278 U.S. 16 (1928)

Liggett Co. v. Baldriedge, 278 U.S. 105 (1928)

1929

Roschden v. Ward, 279 U.S. 337 (1929)

1931

Missouri Pacific R. Co. v. Norwood, 283 U.S. 249 (1931)

1932

Packer Corp. v. Utah, 285 U.S. 105 (1932)

New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262 (1932)

1933

Bradley v. Public Utilities Commission of Ohio, 289 U.S. 92 (1933)

Mintz v. Baldwin, 289 U.S. 346 (1933)

1934

Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934)

1935

Baldwin v. G.A.F. Seelig, Inc., 294 U.S. 511 (1935)

Pacific States Box & Basket Co. v. White, 296 U.S. 176 (1935)

Clyde Mallory Lines v. Alabama, 296 U.S. 261 (1935)

1936

Whitfield v. Ohio, 297 U.S. 431 (1936)

State Board of Equalization of California v. Young's market, 299 U.S. 59 (1936)

1937

Henneford v. Silas Mason Co., 300 U.S. 577 (1937)

1938

South Carolina State Highway Department v. Barnwell Bros., Inc., 303 U.S. 177 (1938)

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)

1939

Hale v. Bimco Trading, Inc., 306 U.S. 375 (1939)

1940

Madden v. Kentucky, 309 U.S. 83 (1940)

Osborn v. Ozlin, 310 U.S. 53 (1940)

1941

Hines v. Davidowitz, 312 U.S. 52 (1941)

California v. Thompson, 313 U.S. 109 (1941)

Edwards v. California, 314 U.S. 160 (1941)

1943

Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943)

1944

Mc leod v. J.E. Dilworth Co., 322 U.S. 327 (1944)

1945

Hooven & Allison Co. v. Evatt, 324 U.S. 652 (1945)
Southern Pacific Railway v. Arizona, 325 U.S. 761 (1945)

1946

Nippert v. Richmond, 327 U.S. 416 (1946)
Prudential Insurance Co. v. Benjamin, 328 U.S. 408 (1946)
Freeman v. Hewit, 329 U.S. 249 (1946)

1947

Joseph v. Carter & Weeks Stevedoring Co., 330 U.S. 422 (1947)
Rice et al. v. Santa Fe Elevator Corp, 331 U.S. 218 (1947)

1948

Toomer v. Witsell, 334 U.S. 385 (1948)

1949

Railway Express Agency, Inc. v. New York, 336 U.S. 106 (1949)
H.P. Hood and Sons, Inc. v. Du Mond, 336 U.S. 525 (1949)
California v. Zook, 336 US 725 (1949)

1951

Dean Milk Co. v. City of Madison, 340 U.S. 349 (1951)
Breard v. Alexandria, 341 U.S. 622 (1951)

1952

Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri, 342 U.S. 421 (1952)

1954

Miller Bros. Co. v. Maryland, 347 U.S. 340 (1954)

1955

Williamson v. Lee Optical, Inc., 348 U.S. 483 (1955)

1959

Northwestern States Portland Cement Co. v. Minnesota, 358 U.S. 450 (1959)
Allied Stores of Ohio v. Bowers, 358 U.S. 522 (1959)
Bibb v. Navajo Freightlines, Inc., 359 U.S. 520 (1959)

1960

Huron Portland Cement Co. v. City of Detroit, 362 U.S. 440 (1960)

1961

Eli Lilly & Co. v. Sav-On-Drugs, Inc., 366 U.S. 276 (1961)
McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420 (1961)

1963

Ferguson v. Skrupa, 372 U.S. 726 (1963)
Halliburton Oil Well Cementing Co. v. Reily, 373 U.S. 64 (1963)
Florida Lime & Avocado Growers, Inc. v. Paul, 373 U.S. 132 (1963)

1964

Hostetter v. Idlewild Bon Voyage Liquor Corp., 377 U.S. 324 (1964)
Heart of Atlanta Motel v. United States, 379 U.S. 241 (1964)

1966

United States v. Guest, 383 U.S. 745 (1966)
Joseph E. Seagram & Sons, Inc. v. Hostetter, 384 U.S. 35 (1966)
Katzenbach v. Morgan, 384 U.S. 641 (1966)

1968

Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen v. Chicago R.I. & P.R. Co., 393 U.S. 129 (1968)

1969

Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969)

1970

Pike v. Bruce Church, Inc., 397 US 137 (1970)

1972

Evansville-Vanderburgh Airport Auth. Dist. v. Delta Airlines, Inc., 405 U.S. 707 (1972)

Detroit Police Officers Assn. v. City of Detroit, 405 U.S. 950 (1972)

1973

Doe v. Balton, 410 U.S. 179 (1973)

Vlandis v. Kline, 412 U.S. 441 (1973)

In re Griffiths, 413 U.S. 717 (1973)

North Dakota State Board of Pharmacy v. Snyder's Drug Stores, Inc., 414 U.S. 56 (1973)

1974

Memorial Hospital v. Maricopa County, 415 U.S. 250 (1974)

Allenberg Cotton Co., Inc. v. Pittman, 419 U.S. 20 (1974)

1975

Austin v. New Hampshire, 420 U.S. 656 (1975)

1976

Michelin Tire Corp. v. Wages, 423 U.S. 276 (1976)

Great Atlantic & Pac. Tea Co. v. Cottrell, 424 U.S. 366 (1976)

McCarthy v. Phila. Civil Serv. Comm'n, 424 U.S. 645 (1976)

Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976)

Hughes v. Alexandria Scrap Corporation, 426 U.S. 794 (1976)

National League of Cities v. Usery, 426 U.S. 833 (1976)

New Orleans v. Dukes, 427 U.S. 297 (1976)

1977

Boston Stock Exchange v. State Tax Commission, 429 U.S. 318 (1977)

Complete Auto Transit, Inc. v. Brady, 430 U.S. 274 (1977)

Jones v. Rath Packing, 430 U.S. 519 (1977)

Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission, 432 U.S. 333 (1977)

1978

Raymond Motor Transportation Inc. v. Rice, 434 U.S. 429 (1978)

Califano v. Torres, 435 U.S. 1 (1978)

Ray v. Atlantic Richfield Co., 435 U.S. 151 (1978)

Department of Revenue v. Stevedoring Assn., 435 U.S. 734 (1978)

Baldwin v. Montana Fish & Game Commission, 436 U.S. 371 (1978)

Exxon Corp. v. Governor of Maryland, 437 U.S. 117 (1978)

Moorman Mfg. Co. v. Bair, 437 U.S. 267 (1978)

Hicklin v. Orbeck, 437 U.S. 518 (1978)

City of Philadelphia v. New Jersey, 437 U.S. 617 (1978)

New Motor Vehicle Bd. v. Orrin W. Fox Co., 439 U.S. 96 (1978)

1979

Leis v. Flynt, 439 U.S. 438 (1979)

Hughes v. Oklahoma, 441 U.S. 322 (1979)

Addington v. Texas, 441 US 418 (1979)

Japan Line, Ltd. v. County of Los Angeles, 441 U.S. 434 (1979)

1980

World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286 (1980)

California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminium, Inc., 445 U.S. 97 (1980)

Lewis v. BT Inv. Managers, Inc., 447 U.S. 27 (1980)

Reeves, Inc. v. Stake, 447 U.S. 429 (1980)

1981

Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co., 449 U.S. 456 (1981)
Kassel v. Consolidated Freightways Corporation of Delaware, 450 U.S. 662 (1981)
Western & Southern Life Insurance Co. v. State Bd. of Equalization, 451 U.S. 648 (1981)
Maryland v. Louisiana, 451 U.S. 725 (1981)
Commonwealth Edison Co. v. Montana, 453 U.S. 609 (1981)

1982

New England Power Co. v. New Hampshire, 455 U.S. 331 (1982)
Zobel v. Williams, 457 U.S. 55 (1982)
Edgar v. MITE Corp., 457 U.S. 624 (1982)
ASARCO Inc. v. Idaho State Tax Comm'n, 458 U.S. 307 (1982)
Mississippi Univ. for Women v. Hogan, 458 U.S. 718 (1982)
Sporhase v. Nebraska ex. rel. Douglas, 458 U.S. 941 (1982)
Xerox Corp. v. County of Harris, 459 U.S. 145 (1982)

1983

White v. Massachusetts Council of Construction Employers, Inc. ("MCCE"), 460 U.S. 204 (1983)
Pacific Gas & Electric Co. v. California State Energy Resources Conservation & Development Comm'n, 461 U.S. 190 (1983)
Martinez v. Bynum, 461 U.S. 321 (1983)
Arkansas Electric Cooperative Corp. v. Arkansas Pub. Serv. Comm'n, 461 U.S. 375 (1983)
United States v. Ptasynski, 462 U.S. 74 (1983)
Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 U.S. 60 (1983)

1984

Building Trades Council v. Mayor of Camden, 465 U.S. 208 (1984)
Limbach v. Hooven & Allison co., 466 U.S. 353 (1984)
South-Central Timber Development, Inc. v. Wunnicke, 467 U.S. 82 (1984)
Armco, Inc. v. Hardesty, 467 U.S. 638 (1984)
Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp., 467 U.S. 691 (1984)
Bacchus Imports Ltd. v. Dias, 468 U.S. 263 (1984)

1985

Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth., 469 U.S. 528 (1985)
New Hampshire v. Piper, 470 U.S. 274 (1985)
Metropolitan Life Ins. Co. v. Ward, 470 U.S. 869 (1985)
Hillsborough County v. Automated Medical Labs., 471 U.S. 707 (1985)
Metropolitan Life Ins. Co. v. Massachusetts, 471 U.S. 724 (1985)
Williams v. Vermont, 472 U.S. 14 (1985)
Hooper v. Bernalillo County, 472 U.S. 14 (1985)
Northeast Bancor., Inc. v. Board of Governors, 472 U.S. 159 (1985)

1986

Midlantic Nat'l Bank v. NJDEP, 474 U.S. 494 (1986)
Wisconsin Dep't of Indus. v. Gould, Inc., 475 U.S. 282 (1986)
Brown-Forman Distillers Corp. v. New York State Liquor Auth., 476 U.S. 573 (1986)
Maine v. Taylor, 477 U.S. 131 (1986)
R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Durham County, 479 U.S. 130 (1986)

1987

CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America, 481 U.S. 69 (1987)
South Dakota v. Dole, 483 U.S. 203 (1987)
Tyler Pipe Indus., Inc. v. Washington State Dep't of Revenue, 483 U.S. 232 (1987)
American Trucking Ass'ns, Inc. v. Schneiner, 483 U.S. 266 (1987)

1988

D.H. Holmes Co. v. McNamara, 486 U.S. 24 (1988)
New Energy Co. of Indiana v. Limbach, 486 U.S. 269 (1988)
Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc., 486 U.S. 888 (1988)
Supreme Court of Virginia v. Friedman, 487 U.S. 59 (1988)

1989

Allegheny Pittsburg Coal Co. v. Webster County, 488 U.S. 336 (1989)
Northwest Central Pipeline Corp. v. State Corp. Comm'n of Kansas, 489 U.S. 493 (1989)
Barnard v. Thorstenn, 489 U.S. 546 (1989)
Amerada Hess Corp. v. Director, Div. Of Taxation, N.J. Dep't of Treasury, 490 U.S. 66 (1989)
Martin v. Wilks, 490 U.S. 755 (1989)
Healy v. Beer Institute, Inc., 491 U.S. 324 (1989)

1990

English v. General Electric Co., 496 U.S. 72 (1990)
American Trucking Ass'n v. Smith, 496 U.S. 167 (1990)

1991

Dennis v. Higgins, 498 U.S. 439 (1991)
Wisconsin Public Intervenor v. Mortier, 501 U.S. 597 (1991)

1992

Wyoming v. Oklahoma, 502 U.S. 437 (1992)
Quill Corp. v. North Dakota, 504 U.S. 298 (1992)
Chemical Waste Management, Inc. v. Hunt, 504 U.S. 334 (1992)
Fort Gratiot Sanitary Landfill, Inc. v. Michigan Dep't of Natural Resources, 504 U.S. 353 (1992)
Gade v. National Solid Wastes Management Ass'n, 505 U.S. 88 (1992)
New York v. United States, 505 U.S. 144 (1992)

1994

Oregon Waste Sys., Inc. v. Department of Env'tl. Quality, 511 U.S. 93 (1994)
C&A Carbone, Inc. v. Town of Clarkstown, N.Y., 511 U.S. 383 (1994)
Associated Industries of Missouri v. Lohman, 511 U.S. 641 (1994)
West Lynn Creamery, Inc. v. Healy, 512 U.S. 186 (1994)

1995

Oklahoma Tax Comm'n v. Jefferson Lines, Inc., 514 U.S. 175 (1995)
United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995)

1996

Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 U.S. 484 (1996)
BMW v. Gore, 517 U.S. 559 (1996)

1997

General Motors Corp. v. Tracy, 519 U.S. 278 (1997)
Camps Newfound/ Owatonna, Inc. v. Town of Harrison, 520 U.S. 564 (1997)

1998

Lunding v. New York Tax Appeals Tribunal, 522 U.S. 287 (1998)

1999

South Central Bell Telephone Co. v. Alabama, 526 U.S. 160 (1999)
Saenz v. Roe, 526 U.S. 489 (1999)

2000

United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000)

2003

Pharmaceutical Research & Mfrs. Of Am. v. Walsh, 538 U.S. 644 (2003)
Hillside Dairy, Inc. v. Lyons, 539 U.S. 59 (2003)

Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003)

2005

Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1 (2005)

American Trucking Assns., Inc. v. Michigan Pub. Serv. Comm'n, 545 U.S. 429 (2005)

Granholt v. Heald, 544 U.S. 460 (2005)

2007

United Haulers Association v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority, 550 U.S. 330 (2007)

2008

Department of Revenue of Kentucky v. G.W. Davies, 553 U.S. 328 (2008)

2009

Polar Tankers, Inc. v. City of Valdez, 557 U.S. 1 (2009)

Cours fédérales d'appel

1966

Spanos v. Skouras Theaters Corp., 364 F.2d 161 (2d Cir. 1966)

1971

King v. New Rochelle Municipal Housing Authority, 442 F.2d 646 (2d Cir. 1971)

Northern States Power Co. v. State of Minnesota, 447 F.2d 1143 (8th Cir. 1971)

1976

Dixie Dairy Co. v. City of Chicago, 538 F.2d 1303 (7th Cir. 1976)

1979

Fisher v. Reiser, 610 F.2d 629 (9th Cir. 1979)

1980

Service Machine & Shipbuilding Corp. et al. v. Edwin W. Edwards et al., 617 F.2d 70 (5th Cir. 1980)

1982

American Trucking Ass., Inc. v. Larson, 683 F.2d 787 (3rd Cir. 1982)

Allied Artists Picture Corp. v. Rhodes, 679 F.2d 656 (6th Cir. 1982)

1983

National Farmers Organization v. Commissioner of Agriculture State of Connecticut, 711 F.2d 1156 (2d Cir. 1983)

1984

Electrolert Corp. v. Barry, 737 F.2d 110 (D.C. Cir. 1984)

1986

Specialized Carriers & Rigging Assoc. v. Virginia, 795 F.2d 1152 (4th Cir. 1986)

1987

Myra Holladays Sims v. State of Florida, 832 F.2d 1558 (11th Cir. 1987)

1991

O'reilly v. Board of Appeals for Montgomery County, 942 F.2d 281 (4th Cir. 1991)

1995

National Paint & Coating v. City of Chicago, 45 F.3d 1124 (7th Cir. 1995)

1999

Houlton Citizens' Coalition v. Town of Houlton, 175 F.3d 178 (1st Cir. 1999)

ACLU v. Johnson, 194 F.3d 1149 (10th Cir. 1999)

AK Steel Corp. v. United States, 192 F.3d 1367 (C.A.Fed. (Dist.Col.), 1999)

2001

Ford Motor Co. v. Texas Department of Transportation, 264 F.3d 493 (5th Cir. 2001)

2002

Cloverland-green Spring Dairies, Inc. v. Pennsylvania Milk Marketing Board, 298 F.3d 201 (3rd Cir. 2002)

2003

S.D. Farm Bureau, Inc. v. Hazeltine, 340 F.3d 583 (8th Cir. 2004)

American Booksellers Foundation v. Dean, 342 F.3d 96 (2nd Cir. 2003)

2004

PSINET, Inc. v. Chapman, 362 F.3d 227 (4th Cir. 2004)

Smithfield Foods, Inc. v. Miller, 367 F.3d 1061 (8th Cir. 2004)

Cuno v. DaimlerChrysler, Inc., 386 F.3d 738 (6th Cir. 2004)

International Truck and Engine Corp. v. Brett Bay, 372 F.3d 717 (5th Cir. 2004)

2005

Yamaha Motor Corp. v. Jim's Motorcycle Inc., 401 F.3d 560 (4th Cir. 2005)

Walgreen Co. v. Rullan, 405 F.3d 50 (1st Cir. 2005)

Alliance of Automobile Manufacturers v. Gwadosky, 430 F.3d 30 (1st Cir. 2005)

2007

Wwc Holding Co. v. Sopkin, 488 F.3d 1262 (10th Cir. 2007)

Cavel International v. Lisa Madigan, 500 F.3d 551 (7th Cir. 2007)

2009

Brown v. Hovatter, 561 F.3d 357 (4th Cir. 2009)

Kleinsmith v. Shurtleff, 571 F.3d 1033 (10th Cir. 2009)

2010

Northville Downs v. Granholm, 622 F.3d 579 (6th Cir. 2010)

Freeman v. Corzine, 629 F.3d 146 (3rd Cir. 2010)

2011

Locke v. Shore, 634 F.3d 1185 (11th Cir. 2011)

Tri-M Group LLC v. Sharp, 638 F.3d 406 (3rd Cir. 2011)

2012

McBurney v. Young, 667 F.3d 454 (4th Cir. 2012)

National Ass'n of Optometrists & Opticians v. Harris, 682 F.3d 1144 (9th Cir. 2012)

District Courts

American Meat Institute v. Ball, 520 F. Supp. 929 (W.D. Mich. 1981)

Williams v. John B. Quinn Construction Corp., 537 F. Supp. 613 (S.D.N.Y. 1982)

Cumberland Farms, Inc. v. Mahany, 943 F. Supp. 83 (D. Me. 1996)

Orson, Inc. v. Miramax Film, Corp., 983 F. Supp. 624 (E.D. Pennsylvania 1997)

American Libraries Ass'n v. Pataki, 969 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1997)

Air Transport Association of America v. City and County of San Francisco, 992 F.Supp. 1149 (1998)

Cyberspace Communications v. Engler, 55 F.Supp.2d 737 (E.D. Mi. 1999)

Bioganic Safety Brands, Inc. v. Don Ament, Colorado Commissioner of Agriculture, 174 F.Supp.2d 1168 (D. Colo. 2001)

Yamaha Motor Corp. v. Smit, 276 F.Supp.2d 490 (E.D. Virginia 2003)

Southeastern Booksellers Association v. McMaster, 282 F.Supp.2d 389 (D.S.C. 2003)

Amco Ukrservice v. American Meter Co., 312 F.Supp.2d 681 (E.D.Pa., 2004)

JURIDICTIONS ÉTATIQUES

Ex Parte Tindal, 229 P. 125 (Okla. 1924)
State v. Kemp, 73 S.D. 458, 44 N.W.2d 214 (1950)
Goodwin v. State Tax Comm'n, 133 N.E. 2d 711 (1955)
Appel v. Reiner, 204 A.2d 146 (N.J. 1964)
Spivak v. Sachs, 211 N.E.2d 329 (N.Y. 1965)
In re Waring's Estate, 221 A.2d 193 (N.J. 1966)
Deborah Dickey Kirk v. the Board of Regents of the University of California, 273 Cal.App.2d 430 (1969)
Detroit Police Officers Assn. v. City of Detroit, 385 Mich. 519 (1971)
Golden v. Tully, 58 N.Y. 2d 1047 (1983)
Ranta v. McCarney, 391 N.W.2d 161 (N.D. 1986)
In re The Application of R.G.S., 541 A.2d 977 (Md 1988)
El Gemayel v. Seaman, 533 N.E.2d 245 (N.Y. 1988)
Perlah v. SEI Corp., 612 A.2d 806 (Conn. App. 1992)
Chandris v. Yanakis, 668 So. 2d 180 (Fla. 1995)
Cleveland Bar Association v. Misch, 695 N.E.2d 244 (Ohio 1998)
Birbrower, Montalbano, Condon & Frank v. Superior Court, 949 P.2d 1 (Cal. 1998)
Fought & Company Inc. v. Steel Engineering and Erection, Inc., 951 P.2d 487 (Haw. 1998)
McEnemey v. United States Surgical Corp., 850 A.2d 816 (Conn. App. Ct. 2002)

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

CJUE

1956

Cour de Justice de la CECA, 23 avril 1956, *Groupement des Industries sidérurgiques luxembourgeoises*, aff. jtes 7et 9/54, *Rec.* p. 53

1959

CJCE, 17 décembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson*, aff. 14/59, *Rec.* p. 445

1962

CJCE, 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke*, aff. 17/61, *Rec.* p. 615

CJCE, 14 décembre 1962, *Commission c/ Luxembourg et Belgique*, aff. jtes 2 et 3/62, *Rec.* p. 813

1963

CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 3

CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission*, aff. 13/63, *Rec.* p. 335

1964

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141

1966

CJCE, 16 juin 1966, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes 52 et 55/65, *Rec.* p. 227

CJCE, 16 juin 1966, *Lütticke*, aff. 57/65, *Rec.* p. 293

1968

CJCE, 4 avril 1968, *Fink-Frucht c/ Hauptzollamt München*, aff. 27/67, Rec. p. 327

CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c/Italie*, aff. 7/68, Rec. p. 617

1969

CJCE, 1^{er} juillet 1969, *Commission c/ Italie*, aff. 24/68, Rec. p. 193

CJCE, 1^{er} juillet 1969, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders v. SA Brachfeld and Sons and Chougol Diamond Co.*, aff. jtes 2 et 3/69, Rec. p. 211

1970

CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/ Belgique*, aff. 77/69, Rec. p. 237

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1137

1972

CJCE, 14 décembre 1972, *SpA Marimex c/ Administration italienne des finances*, aff. 29/72, Rec. p. 1309

1973

CJCE, 19 juin 1973, *Capolongo*, aff. 77/72, Rec. p. 611

CJCE, 13 décembre 1973, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders c/ Indiamex e.a.*, aff. jtes 37 et 38/73, Rec. p. 1609

1974

CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73, Rec. p. 153

CJCE, 4 avril 1974, *Commission c/ France*, aff. 167/73, Rec. p. 359

CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, Rec. p. 631

CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, Rec. p. 837

CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, Rec. p. 1420

CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, Rec. p. 1337

CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c/ Association Union Cycliste Internationale*, aff. 36/74, Rec. p. 1405

1975

CJCE, 23 janvier 1975, *Galli*, aff. 31/74, Rec. p. 47

CJCE, 23 janvier 1975, *Van der Hulst*, aff. 51/74, Rec. p. 79

CJCE, 26 février 1975, *Cadsky S.p.a. c/ Istituto Nazionale per il Commercio Estero*, aff. 63/74, Rec. p. 281

CJCE, 17 juin 1975, *Epoux F. c/ Etat Belge*, aff. 7/75, Rec. p. 679

CJCE, 8 juillet 1975, *Rewe-Zentralfinanz c/ Landwirtschaftskammer Bonn*, aff. 4/75, Rec. p. 843

1976

CJCE, 17 février 1976, *Rewe-Zentrale des lebensmittel – Großhandels GmbH c/ Hauptzollamt Landau/Pfalz*, aff. 45/75, Rec. p. 181

CJCE, 26 février 1976, *Tasca*, aff. 65/75, Rec. p. 291

CJCE, 26 février 1976, *SADAM c/ Comité interministériel des prix*, aff. jtes 88 à 90/75, Rec. p. 323

CJCE, 9 mars 1976, *Effem GmbH*, aff. 95/75, Rec. p. 361

CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c/ SABENA (« Defrenne II »)*, aff. 43/75, Rec. p. 455

CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, Rec. p. 497

CJCE, 20 mai 1976, *De Peijper*, aff. 104/75, Rec. p. 613

CJCE, 22 juin 1976, *Bobie Getränkevertrieb c/ Hauptzollamt Aachen-Nord*, aff. 127/75, Rec. p. 1079

CJCE, 15 décembre 1976, *Simmenthal*, aff. 35/76, Rec. p. 1871

1977

CJCE, 25 janvier 1977, *Bauhuis*, aff. 46/76, Rec. p. 5

CJCE, 3 février 1977, *Bouhelier*, aff. 53/76, Rec. p. 197

CJCE, 16 février 1977, *Schöttle und Sohn*, aff. 20/76, *Rec.* p. 247
 CJCE, 16 mars 1977, *Commission / France*, aff. 68/76, *Rec.* p. 515
 CJCE, 28 avril 1977, *Thieffry*, aff. 71/76, *Rec.* p. 765
 CJCE, 18 mai 1977, *Van den Hazel*, aff. 111/76, *Rec.* p. 901
 CJCE, 25 mai 1977, *Cucchi c/ Avez*, aff. 77/76, *Rec.* p. 987
 CJCE, 12 juillet 1977, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. 89/76 *Rec.* p. 1355
 CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi c/ Denkavit*, aff. 5/77, *Rec.* p. 1555
 CJCE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec.* p. 1999
 CJCE, 16 novembre 1977, *GB-Inno c/ ATAB*, aff. 13/77, *Rec.* p. 2115

1978

CJCE, 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, aff. 82/77, *Rec.* p. 25
 CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. 27/76, *Rec.* p. 207
 CJCE, 20 avril 1978, *Commissionnaires réunis et Ramel*, aff. jtes 80 et 81/77, *Rec.* p. 927
 CJCE, 28 juin 1978, *Kenny*, aff. 1/78, *Rec.* p. 1489
 CJCE, 29 juin 1978, *Statens Kontrol c/ Larsen*, aff. 142/77, *Rec.* p. 1543
 CJCE, 24 octobre 1978, *Société générale de banque alsacienne c/ Koestler*, aff. 15/78, *Rec.* p. 1971
 CJCE, 28 novembre 1978, *Choquet*, aff. 16/78, *Rec.* p. 2293
 CJCE, 29 novembre 1978, *Redmond*, aff. 83/78, *Rec.* p. 2347

1979

CJCE, 18 janvier 1979, *Van Wesemael*, aff. jtes 110 et 111/78, *Rec.* p. 35
 CJCE, 7 février 1979, *Knoors c/ Secrétaire d'Etat aux affaires économiques*, aff. 115/78, *Rec.* p. 399
 CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG (« Cassis de Dijon »)*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649
 CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.* p. 1629
 CJCE, 22 juin 1979, *Pigs and Bacon Commission c/ Mc Carren*, aff. 177/78, *Rec.* p. 2161
 CJCE, 25 septembre 1979, *Commission c/ France*, aff. 232/78, *Rec.* p. 2729
 CJCE, 6 novembre 1979, *Openbaar Ministerie c/ Danis*, aff. jtes 16 à 20/79, *Rec.* p. 3327
 CJCE, 8 novembre 1979, *Groenveld*, aff. 15/79, *Rec.* p. 3409
 CJCE, 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, aff. 34/79, *Rec.* p. 3795

1980

CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ France*, aff. 168/78, *Rec.* p. 347
 CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ Italie*, aff. 169/78, *Rec.* p. 385
 CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 170/78, *Rec.* p. 417
 CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ Danemark*, aff. 171/78, *Rec.* p. 447
 CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ Irlande*, aff. 55/79, *Rec.* p. 481
 CJCE, 18 mars 1980, *Procureur du Roi c/ Debaue*, aff. 52/79, *Rec.* p. 833
 CJCE, 21 mai 1980, *Commission c/ Italie*, aff. 73/79, *Rec.* p. 1533
 CJCE, 26 juin 1980, *Gilli et Andres (« Vinaigre I »)*, aff. 788/79, *Rec.* p. 2071
 CJCE, 10 juillet 1980, *Commission c/ France (« Publicité pour l'alcool »)*, aff. 152/78, *Rec.* p. 2299
 CJCE, 16 décembre 1980, *Fietje*, aff. 27/80, *Rec.* p. 3839
 CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, *Rec.* p. 3881

1981

CJCE 28 janvier 1981, *Kortmann*, aff. 32/80, *Rec.* p. 251
 CJCE, 5 février 1981, *Kaasfabriek Eyssen*, aff. 53/80, *Rec.* p. 409
 CJCE, 19 février 1981, *Kelderman*, aff. 130/80, *Rec.* p. 527
 CJCE, 7 avril 1981, *United Foods & Van den Abeele*, aff. 132/80, *Rec.* p. 995
 CJCE, 17 juin 1981, *Commission c/ Irlande (« Souvenirs d'Irlande »)*, aff. 113/80, *Rec.* p. 1625

CJCE, 14 juillet 1981, *Oebel*, aff. 155/80, *Rec.* p. 1993
CJCE, 9 décembre 1981, *Commission c/ Italie* (« *Vinaigre II* »), aff. 193/80, *Rec.* p. 3019
CJCE, 17 décembre 1981, *Webb*, aff. 279/80, *Rec.* p. 3305

1982

CJCE, 3 février 1982, *Seco*, aff. jtes 62 et 63/81, *Rec.* p. 223
CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, aff. 53/81, *Rec.* p. 1035
CJCE, 31 mars 1982, *Thomas Blesgen*, aff. 75/81, *Rec.* p. 1211
CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, aff. 15/81, *Rec.* p. 1409
CJCE, 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille c/ Belgique*, aff. jtes 115 et 116/81, *Rec.* p. 1665
CJCE, 9 juin 1982, *Commission c/ Italie*, aff. 95/81, *Rec.* p. 2187
CJCE, 22 juin 1982, *Robertson*, aff. 220/81, *Rec.* p. 2349
CJCE, 15 juillet 1982, *COGIS*, aff. 216/81, *Rec.* p. 2701
CJCE, 15 juillet 1982, *Commission c/ Royaume-Uni* (« *maladie de Newcastle I* »), aff. 40/82, *Rec.* p. 2793
CJCE, 10 novembre 1982, *Walter Rau* (« *margarine* »), aff. 261/81, *Rec.* p. 3961
CJCE, 24 novembre 1982, *Commission c/ Irlande* (« *Buy Irish* »), aff. 249/81, *Rec.* p. 4005
CJCE, 15 décembre 1982, *Oosthoeck*, aff. 286/81, *Rec.* p. 4575

1983

CJCE, 25 janvier 1983, *Smit*, aff. 126/82, *Rec.* p. 73
CJCE, 3 février 1983, *Van Luipen*, aff. 29/82, *Rec.* p. 151
CJCE, 8 février 1983, *Commission c. Royaume-Uni* (« *lait UHT* »), aff. 124/81, *Rec.* p. 203
CJCE, 2 mars 1983, *Commission c/ Belgique*, aff. 155/82, *Rec.* p. 531
CJCE, 10 mars 1983, *Fabricants raffineurs d'huile de graissage c/ Inter-Huiles*, aff. 172/82, *Rec.* p. 555
CJCE, 16 mars 1983, *SIOT c/ Ministero delle finanze*, aff. 266/81, *Rec.* p. 731
CJCE, 17 mars 1983, *Kikvorsch Groothandel*, aff. 94/82, *Rec.* p. 947
CJCE, 22 mars 1983, *Commission c/ France* (« *vins italiens* »), aff. 42/82, *Rec.* p. 1013
CJCE, 20 avril 1983, *Weinvertriebs-GmbH* (« *Vermouth* »), aff. 59/82, *Rec.* p. 1217
CJCE, 17 mai 1983, *Commission c/ Belgique*, aff. 132/82, *Rec.* p. 1649
CJCE, 7 juin 1983, *Commission c/ Italie* (« *monopole sur le tabac* »), aff. 78/82, *Rec.* p. 1955
CJCE, 12 juillet 1983, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 170/78, *Rec.* p. 2265
CJCE, 14 juillet 1983, *Sandoz*, aff. 174/82, *Rec.* p. 2445
CJCE, 6 octobre 1983, *Delhaize*, aff. 2/82, *Rec.* p. 2973
CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec.* p. 3612
CJCE, 29 novembre 1983, *Roussel Laboratoria BV*, aff. 181/82, *Rec.* p. 3849
CJCE, 30 novembre 1983, *Van Bennekom*, aff. C-227/82, *Rec.* p. 3883

1984

CJCE, 31 janvier 1984, *Commission c/ Royaume-Uni* (« *Maladie de Newcastle II* »), aff. 40/82, *Rec.* p. 283
CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff. 286/82 et 26/83, *Rec.* p. 377
CJCE, 7 février 1984, *Jongeneel Kaas*, aff. 237/82, *Rec.* p. 483
CJCE, 7 février 1984, *Duphar*, aff. 238/82, *Rec.* p. 523
CJCE, 9 février 1984, *Rhône-Alpes Huiles*, aff. 295/82, *Rec.* p. 575
CJCE, 28 février 1984, *Commission c/ Allemagne*, aff. 247/81, *Rec.* p. 1111
CJCE, 29 février 1984, *Rewe-Zentrale*, aff. 37/83, *Rec.* p. 1229
CJCE, 13 mars 1984, *Prantl*, aff. 16/83, *Rec.* p. 1299
CJCE, 20 mars 1984, *Commission c/ Belgique*, aff. 314/82, *Rec.* p. 1543
CJCE, 5 avril 1984, *Van de Haar et Kaveka de Meern BV*, aff. 177 et 178/82, *Rec.* p. 1797
CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, aff. 15/83, *Rec.* p. 2171
CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, *Rec.* p. 2727

CJCE, 11 juillet 1984, *Commission c/ Italie* (« gélatine alimentaire »), aff. 51/83, *Rec.* p. 2793
CJCE, 12 juillet 1984, *Klopp*, aff. 107/83, *Rec.* p. 2971
CJCE, 6 novembre 1984, *Fearon c/ Irish Land Commission*, aff. 183/83, *Rec.* p. 3677

1985

CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc c/ Au Blé Vert* (« Prix du livre »), aff. 229/83, *Rec.* p. 1
CJCE, 29 janvier 1985, *Cullet c/ Leclerc*, aff. 231/83, *Rec.* p. 305
CJCE, 7 février 1985, *Commission c/France*, aff. 173/83, *Rec.* p. 491
CJCE, 13 mars 1985, *Pays-Bas et Leeuwarder Papierwarenfabriek c/ Commission*, aff. jtes 296 et 318/82, *Rec.* p. 809
CJCE, 7 mai 1985, *Commission c/ France*, aff. 18/84, *Rec.* p. 1339
CJCE, 9 mai 1985, *Commission c/ France* (« appareils d'affranchissement postal »), aff. 21/84, *Rec.* p. 1355
CJCE, 9 mai 1985, *Humblot c/ Directeur des services fiscaux*, aff. 112/84, *Rec.* p. 1367
CJCE, 5 juin 1985, *Roelstraete*, aff. 116/84, *Rec.* p. 1705
CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, aff. jtes 60 et 61/84, *Rec.* p. 2605
CJCE, 26 novembre 1985, *Miro BV*, aff. 182/84, *Rec.* p. 3731
CJCE, 10 décembre 1985, *Motte*, aff. 247/84, *Rec.* p. 3887

1986

CJCE, 15 janvier 1986, *Pietro Pinna c/ Caisse d'Allocations familiales de la Savoie*, aff. 41/84, *Rec.* p. 1
CJCE, 28 janvier 1986, *Commission c/ République française* (« avoir fiscal »), aff. 270/83, *Rec.* p. 273
CJCE, 28 janvier 1986, *Commission c/ France* (« machines à travailler le bois »), aff. 188/84, *Rec.* p. 419
CJCE, 11 mars 1986, *Conegate*, aff. 121/85, *Rec.* p. 1007
CJCE, 6 mai 1986, *Muller*, aff. 304/84, *Rec.* p. 1511
CJCE, 27 mai 1986, *Société Legia e.a. c/ Ministre de la Santé*, aff. jtes 87 et 88/85, *Rec.* p. 1707
CJCE, 5 juin 1986, *Commission c/ Italie*, aff. 103/84, *Rec.* p. 1759
CJCE, 10 juillet 1986, *Segers*, aff. 79/85, *Rec.* p. 2375
CJCE, 23 octobre 1986, *Driancourt c/ Cognet*, aff. 355/85, *Rec.* p. 3231
CJCE, 13 novembre 1986, *Edah*, aff. jtes 80 et 159/85, *Rec.* p. I-3359
CJCE, 25 novembre 1986, *Forest*, aff. 148/85, *Rec.* p. 3449
CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ Allemagne* (« Assurance »), aff. 205/84, *Rec.* p. 3755
CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ Allemagne* (« Pétillant de raisin »), aff. 179/85, *Rec.* p. 3879

1987

CJCE, 12 février 1987, *Commission c/ Belgique*, aff. 221/85, *Rec.* p. 719
CJCE, 12 mars 1987, *Commission c/ Grèce*, aff. 176/84, *Rec.* p. 1193
CJCE, 12 mars 1987, *Commission c/ Allemagne*, aff. 178/84, *Rec.* p. 1227
CJCE, 7 mai 1987, *Co-Frutta*, aff. 193/85, *Rec.* p. 2085
CJCE, 11 juin 1987, *Bodin et Minguet*, aff. 241/86, *Rec.* p. 2573
CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 225/85, *Rec.* p. 2625
CJCE, 18 juin 1987, *M.-C. Lebon*, aff. 316/85, *Rec.* p. 2811
CJCE, 9 juillet 1987, *Commission c/ Belgique*, aff. 356/85, *Rec.* p. 3299
CJCE, 6 octobre 1987, *Openbaar ministerie c/ Nertsvoederfabriek Nederland*, aff. 118/86, *Rec.* p. 3903
CJCE, 15 octobre 1987, *Unectef c/ Heylens e.a.*, aff. 222/86, *Rec.* p. 4097

1988

CJCE, 14 janvier 1988, *Commission c/ Italie*, aff. 63/86, *Rec.* p. 29

CJCE, 19 janvier 1988, *Gullung c/ Conseil de l'ordre des Avocats*, aff. 292/86, *Rec.* p. 111
 CJCE, 23 février 1988, *Commission c/ France* (« Succédanés de lait en poudre »), aff. 216/84, *Rec.* p. 793
 CJCE, 25 février 1988, *Commission c/ Allemagne* (« avocats »), aff. 427/85, *Rec.* p. 1123
 CJCE, 3 mars 1988, *Bergandi*, aff. 252/86, *Rec.* p. 1343
 CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, aff. 352/85, *Rec.* p. 2085
 CJCE, 9 juin 1988, *Commission c/ Italie*, aff. 56/87, *Rec.* p. 2919
 CJCE, 12 juillet 1988, *Commission c/ Royaume-Uni* (« dim-dip »), aff. 60/86, *Rec.* p. 3921
 CJCE, 14 juillet 1988, *3 Gloken et autres c/ USL Centro-Sud et al.* (« Pasta »), aff. 407/85, *Rec.* p. 4233
 CJCE, 14 juillet 1988, *Smanor*, aff. 298/87, *Rec.* p. 4489
 CJCE, 20 septembre 1988, *Commission c/ Danemark* (« Bouteilles danoises »), aff. 302/86, *Rec.* p. 4607
 CJCE, 20 septembre 1988, *Moorman*, aff. 190/87, *Rec.* p. 4689
 CJCE, 21 septembre 1988, *Van Eycke*, aff. 267/86, *Rec.* p. 4769
 CJCE, 22 septembre 1988, *Ministère public c/ Deserbais*, aff. 286/86, *Rec.* p. 4907
 CJCE, 27 septembre 1988, *Commission c/ Allemagne*, aff. 18/87, *Rec.* p. 5427
 CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust*, aff. 81/87, *Rec.* p. 5483
 CJCE, 5 octobre 1988, *Steymann*, aff. 196/87, *Rec.* p. 6159

1989

CJCE, 11 mai 1989, *Commission c/ Allemagne*, aff. 76/86, *Rec.* p. 1021
 CJCE, 11 mai 1989, *Wurmser et veuve Bouchara*, aff. 25/88, *Rec.* p. 1105
 CJCE, 16 mai 1989, *Buet*, aff. 382/87, *Rec.* p. 1248
 CJCE, 30 mai 1989, *Commission c/ Italie*, aff. 340/87, *Rec.* p. 1483
 CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c/ B&Q PLC*, aff. 145/88, *Rec.* p. 3851
 CJCE, 5 décembre 1989, *Commission c/ Italie*, aff. 3/88, *Rec.* p. 4035
 CJCE, 13 décembre 1989, *Corsica Ferries France c/ Direction générale des douanes françaises*, aff. C-49/89, *Rec.* p. I-4441

1990

CJCE, 7 mars 1990, *Krantz*, aff. 69/88, *Rec.* p. 583
 CJCE, 7 mars 1990, *GB-INNO-BM*, aff. 362/88, *Rec.* p. 667
 CJCE, 20 mars 1990, *Du Pont de Nemours c/ Unita Sanitaria Locale*, aff. 21/88, *Rec.* p. 889
 CJCE, 5 avril 1990, *Commission c/ Grèce*, aff. 132/88, *Rec.* p. 1567
 CJCE, 2 mai 1990, *Etat néerlandais c/ Bakker Hillegom*, aff. C-111/89, *Rec.* p. I-1735
 CJCE, 11 juillet 1990, *Quietlynn*, aff. C-23/89, *Rec.* p. I-3059
 CJCE, 3 octobre 1990, *Bouchoucha*, aff. C-61/89, *Rec.* p. I-3551
 CJCE, 11 octobre 1990, *Nespoli et Crippa*, aff. C-196/89, *Rec.* p. I-3647
 CJCE, 6 novembre 1990, *Italie c/ Commission*, aff. C-86/89, *Rec.* p. I-3891
 CJCE, 12 décembre 1990, *SARPP c/ Chambre syndicale des raffineurs et conditionneurs de sucre en France*, aff. C-241/89, *Rec.* p. I-4695
 CJCE, 13 décembre 1990, *Commission c/ Grèce*, aff. 347/88, *Rec.* p. 4747
 CJCE, 13 décembre 1990, *Pall Corp. c/ Dalhausen*, aff. C-238/89, *Rec.* p. I-4827
 CJCE, 13 décembre 1990, *Bellon*, aff. C-42/90, *Rec.* p. I-4863

1991

CJCE, 26 février 1991, *Commission c/ France* (« guides touristiques français »), aff. C-154/89, *Rec.* p. I-659
 CJCE, 28 février 1991, *Conforama*, aff. C-312/89, *Rec.* p. I-997
 CJCE, 28 février 1991, *Marchandise e.a.*, aff. C-332/89, *Rec.* p. I-1027
 CJCE, 7 mars 1991, *Masgio*, aff. C-10/90, *Rec.* p. I-1119
 CJCE, 19 mars 1991, *Commission c/ Belgique*, aff. 249/88, *Rec.* p. 1275

CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Commission*, aff. C-209/89, *Rec. p. I-1594*
 CJCE, 18 avril 1991, *Assurances du crédit c/ Conseil et Commission*, aff. C-63/89, *Rec. p. I-1799*
 CJCE, 30 avril 1991, *Boscher c/ British Motors Wright*, aff. C-239/90, *Rec. p. I-2023*
 CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, *Rec. p. I-2357*
 CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil* (« *Dioxyde de titane* »), aff. C-300/89, *Rec. p. I-2867*
 CJCE, 25 juillet 1991, *Gouda*, aff. C-288/89, *Rec. p. I-4007*
 CJCE, 25 juillet 1991, *Commission c/ Pays Bas*, aff. C-353/89, *Rec. p. I-4069*
 CJCE, 25 juillet 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia c/ Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña*, aff. jtes C-1 et 176/90, *Rec. p. I-4151*
 CJCE, 25 juillet 1991, *Säger c/ Dennemeyer*, aff. C-76/90, *Rec. p. I-4221*
 CJCE, 13 décembre 1991, *RTT c/ GB-Inno-BM*, aff. 18/88, *Rec. p. 5941*

1992

CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, aff. C-204/90, *Rec. p. I-249*
 CJCE, 28 janvier 1992, *Commission c/ Belgique*, aff. C-300/90, *Rec. p. I-305*
 CJCE, 11 mars 1992, *Compagnie Commerciale de l'Ouest c/ Receveur principal des douanes*, aff. jtes C-78 à 93/90, *Rec. p. I-1847*
 CJCE, 3 juin 1992, *Commission c/ Italie* (« *marchés publics 2* »), aff. C-360/89, *Rec. p. I-3401*
 CJCE, 9 juin 1992, *Delhaize et Le Lion*, aff. C-47/90, *Rec. p. I-3669*
 CJCE, 9 juin 1992, *Simba*, aff. jtes C-228 à 234, 339 et 353/90, *Rec. p. I-3752*
 CJCE, 9 juillet 1992, *Commission c/ Belgique* (« *déchets wallons* »), aff. C-2/90, *Rec. p. I-4431*
 CJCE, 16 juillet 1992, *Commission c/ Italie*, aff. C-95/89, *Rec. p. I-4545*
 CJCE, 16 juillet 1992, *Legros*, aff. C-163/90, *Rec. p. I-4625*
 CJCE, 16 décembre 1992, *Stoke-on-Trent* (« *Sunday trading* »), aff. C-169/91, *Rec. p. I-6635*

1993

CJCE, 10 mars 1993, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-111/91, *Rec. p. I-817*
 CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis c/ Stadt Altensteig e.a.*, aff. C-168/91, *Rec. p. I-1191*
 CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec. p. I-1663*
 CJCE, 18 mai 1993, *Yves Rocher*, aff. C-126/91, *Rec. p. I-2361*
 CJCE, 2 août 1993, *CELBI c/ Fazenda Pública*, aff. C-266/91, *Rec. p. I-4337*
 CJCE, 12 octobre 1993, *Vanacker et Lesage*, aff. C-37/92, *Rec. p. I-4947*
 CJCE, 13 octobre 1993, *CMC Motorradcenter c/ Baskiciogullari*, aff. C-93/92, *Rec. p. I-5009*
 CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267 et 268/91, *Rec. p. I-6097*
 CJCE, 15 décembre 1993, *Ligur Carni*, aff. jtes C-277, 318 et 319/91, *Rec. p. I-6621*
 CJCE, 15 décembre 1993, *Hünermund E.A.*, aff. C-292/92, *Rec. p. I-6787*

1994

CJCE, 2 février 1994, *Clinique*, aff. C-315/92, *Rec. p. I-317*
 CJCE, 24 mars 1994, *Commission c/ Belgique*, aff. C-80/92, *Rec. p. I-1019*
 CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92, *Rec. p. I-1039*
 CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries*, aff. C-18/93, *Rec. p. I-1783*
 CJCE, 17 mai 1994, *France c/ Commission* (« *pentachlorophénol* »), aff. C-41/93, *Rec. p. I-1829*
 CJCE, 2 juin 1994, *Tankstation 't Heuske et Boermans*, aff. jtes C-401 et 402/92, *Rec. p. I-2199*
 CJCE, 2 juin 1994, *Punto Casa and PPV*, aff. jtes C-69 et 258/93, *Rec. p. I-2355*
 CJCE, 22 juin 1994, *Allemagne c/ Deutsches Milch-Kontor* (« *Deutsches Milch-Kontor I* »), aff. C-426/92, *Rec. p. I-2757*

CJCE, 13 juillet 1994, *OTO*, aff. C-130/92, *Rec. p. I-3281*
 CJCE, 13 juillet 1994, *Commission c/ Allemagne* (« *Ecrevisses d'eau douce* »), aff. C-131/93, *Rec. p. I-3303*
 CJCE, 14 juillet 1994, *Mattéo Peralta*, aff. C-379/92, *Rec. p. I-3453*
 CJCE, 14 juillet 1994, *Van der Veldt*, aff. C-17/93, *Rec. p. I-3540*
 CJCE, 9 août 1994, *Vander Elst c/ Office des migrations internationales*, aff. C-43/93, *Rec. p. I-3803*
 CJCE, 9 août 1994, *Meyhui*, aff. C-51/93, *Rec. p. I-3879*
 CJCE, 9 août 1994, *Lancry c/ Direction Général des douanes*, aff. C-363/93, *Rec. p. I-3957*
 CJCE, 15 septembre 1994, *Houtwipper*, aff. C-293/93, *Rec. p. I-4249*
 CJCE, 5 octobre 1994, *Van Schaik*, aff. C-55/93, *Rec. p. I-4837*
 CJCE, 5 octobre 1994, *Centre d'Insémination de la Crespelle c/ Coopérative d'Elevage et d'Insémination Artificielle du Département de la Mayenne*, aff. C-323/93, *Rec. p. I-5077*
 CJCE, 10 novembre 1994, *Ortscheit c/ Eurim-Pharm*, aff. C-320/93, *Rec. p. I-5243*

1995

CJCE, 9 février 1995, *Leclerc-Siplec c/ TFI Publicité*, aff. C-412/93, *Rec. p. I- 179*
 CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, aff. C-279/93, *Rec. p. I-225*
 CJCE, 23 février 1995, *Bordessa*, aff. jtes C-358 et 416/93, *Rec. p. I-361*
 CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, *Rec. p. I-1141*
 CJCE, 29 juin 1995, *Commission c/ Grèce* (« *lait 1^{er} âge* »), aff. C-391/92, *Rec. p. I-1621*
 CJCE, 6 juillet 1995, *Mars*, aff. C-470/93, *Rec. p. I-1923*
 CJCE, 13 juillet 1995, *Espagne c/ Conseil*, aff. C-350/92, *Rec. p. I-1985*
 CJCE, 11 août 1995, *Roders e.a.*, aff. C-367 à 377/93, *Rec. p. I-2229*
 CJCE, 11 août 1995, *Belgapom c/ I.T.M. et Vocarex*, aff. C-63/94, *Rec. p. I-2467*
 CJCE, 11 août 1995, *Wielockx*, aff. C-80/94, *Rec. p. I-2493*
 CJCE, 14 septembre 1995, *Simitzi*, aff. C-485/93, *Rec. p. I-2655*
 CJCE, 17 octobre 1995, *DIP e.a. c/ Commune di Bassano del Grappa e.a.*, aff. jtes C-140 à 142/94, *Rec. p. I-3257*
 CJCE, 26 octobre 1995, *Commission c/ Allemagne* (« *denrées alimentaires* »), aff. C-51/94, *Rec. p. I-3599*
 CJCE, 14 novembre 1995, *Svensson et Gustavsson*, aff. C-484/93, *Rec. p. I-3955*
 CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard c/ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, *Rec. p. I-4165*
 CJCE, 30 novembre 1995, *Cassarini*, aff. C-113/94, *Rec. p. I-4203*
 CJCE, 30 novembre 1995, *Esso Spāñola*, aff. C-134/94, *Rec. p. I-4223*
 CJCE, 14 décembre 1995, *Domingo Banchemo*, aff. C-387/93, *Rec. p. I-4663*
 CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c/ Bosman e.a.*, aff. C-415/93, *Rec. p. I-4921*

1996

CJCE, 1^{er} février 1996, *Perfili*, aff. C-177/94, *Rec. p. I-161*
 CJCE, 29 février 1996, *Skanavi et Chrysanthakopoulos*, aff. C-193/94, *Rec. p. I-929*
 CJCE, 28 mars 1996, *Guiot*, aff. C-272/94, *Rec. p. I-1905*
 CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, *Rec. p. I-2553*
 CJCE, 6 juin 1996, *Commission c/ Italie* (« *activités de courtage* »), aff. C-101/94, *Rec. p. I-2691*
 CJCE, 20 juin 1996, *Semeraro Casa Uno*, aff. jtes C-418 à 421, 460 à 462, 494/93, C-9 à 11, 14, 15, 23, 24 et 332/94, *Rec. p. I-2975*
 CJCE, 27 juin 1996, *Asscher*, aff. C-107/94, *Rec. p. I-3089*
 CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Grèce*, aff. C-290/94, *Rec. p. I-3285*
 CJCE, 11 juillet 1996, *Bristol-Myers Squibb*, aff. jtes C-427, 428 et 436/93, *Rec. p. I-3457*

CJCE, 12 septembre 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-278/94, *Rec. p. I-4307*

CJCE, 26 novembre 1996, *Graffione*, aff. C-313/94, *Rec. p. I-6039*

CJCE, 12 décembre 1996, *Reisbüro Broede*, aff. C-3/95, *Rec. p. I-6511*

1997

CJCE, 23 janvier 1997, *Pastoors e.a. c/ Belgische Staat*, aff. C-29/95, *Rec. p. I-285*

CJCE, 15 avril 1997, *Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung c/ Deutsches Milch-Kontor* (« *Deutsches Milch-Kontor II* »), aff. C-272/95, *Rec. p. I-1905*

CJCE, 7 mai 1997, *Pistre*, aff. jtes C-321 à 324/94, *Rec. p. I-2343*

CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil* (« *garantie des dépôts* »), aff. C-233/94, *Rec. p. I-2405*

CJCE, 15 mai 1997, *Futura Participation SA*, aff. C-250/95, *Rec. p. I-2471*

CJCE, 5 juin 1997, *Ergasias*, aff. C-398/95, *Rec. p. I-3091*

CJCE, 17 juin 1997, *Sodemare e.a. c/ Regione Lombardia*, aff. C-70/95, *Rec. p. I-3395*

CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec. p. I-3689*

CJCE, 9 juillet 1997, *De Agostini and TV-shop*, aff. jtes C-34 à 36/95, *Rec. p. I-3843*

CJCE, 9 juillet 1997, *Parodi*, aff. C-222/95, *Rec. p. I-3899*

CJCE, 17 juillet 1997, *Haahr Petroleum c/ Åbenrå Havn e.a.*, aff. C-90/94, *Rec. p. I-4085*

CJCE, 17 juillet 1997, *Texaco c/ Middelfart Havn e.a. et Olieselskabet Danmark c/ Trafikministeriet e.a.*, aff. jtes C-114 et 115/95, *Rec. p. I-4263*

CJCE, 17 juillet 1997, *GT-Link c/ De Danske Statsbaner*, aff. C-242/95, *Rec. p. I-4449*

CJCE, 23 octobre 1997, *Franzén*, aff. C-189/95, *Rec. p. I-5909*

1998

CJCE, 2 avril 1998, *Outokumpu Oy*, aff. C-213/96, *Rec. p. I-1777*

CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, aff. C-120/95, *Rec. p. I-1831*

CJCE, 28 avril 1998, *Jessica Safir*, aff. C-118/96, *Rec. p. I-1897*

CJCE, 28 avril 1998, *Raymond Kohll c/ Union des caisses de maladies*, aff. C-158/96, *Rec. p. I-1935*

CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission* (« *ESB* »), aff. C-180/96, *Rec. p. I-2265*

CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96, *Rec. p. I-2691*

CJCE, 12 mai 1998, *Epoux Robert Gilly c/ Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, aff. C-336/96, *Rec. p. I-2793*

CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries*, aff. C-266/96, *Rec. p. I-3949*

CJCE, 25 juin 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp e.a. c/ Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, aff. C-203/96, *Rec. p. I-4075*

CJCE, 2 juillet 1998, *Kapasakalis*, aff. C-225/95, *Rec. p. I-4239*

CJCE, 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech*, aff. C-284/95, *Rec. p. I-4301*

CJCE, 14 juillet 1998, *Aher-Waggon*, aff. C-389/96, *Rec. p. I-4473*

CJCE, 16 juillet 1998, *Silhouette International*, aff. C-355/96, *Rec. p. I-4799*

CJCE, 22 octobre 1998, *Commission c/ France* (« *foie gras* »), aff. C-184/96, *Rec. p. I-6197*

CJCE, 29 octobre 1998, *Commission c/ Espagne*, aff. C-114/97, *Rec. p. I-6717*

CJCE, 3 décembre 1998, *Bluhme*, aff. C-67/97, *Rec. p. I-8033*

1999

CJCE, 26 janvier 1999, *Terhoeve*, aff. C-18/95, *Rec. p. I-345*

CJCE, 9 février 1999, *Van der Laan*, aff. C-383/97, *Rec. p. I-731*

CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec. p. I-1459*

CJCE, 16 mars 1999, *Trummer et Mayer*, aff. C-222/97, *Rec. p. I-1661*

CJCE, 22 avril 1999, *CRT France International*, aff. C-109/98, *Rec. p. I-2237*

CJCE, 29 avril 1999, *Ciola c/ Land Vorarlberg*, aff. C-224/97, *Rec. p. I-2517*

CJCE, 29 avril 1999, *Royal Bank of Scotland*, aff. C-311/97, *Rec. p. I-2651*

CJCE, 11 mai 1999, *Pfeiffer*, aff. C-255/97, *Rec. p. I-2835*

CJCE, 1^{er} juin 1999, *Konle*, aff. C-302/97, *Rec.* p. I-3099
 CJCE, 1^{er} juin 1999, *Kortas*, aff. C-319/97, *Rec.* p. I-3143
 CJCE, 3 juin 1999, *Colim*, aff. C-33/97, *Rec.* p. I-3175
 CJCE, 8 juillet 1999, *Baxter e.a.*, aff. C-254/97, *Rec.* p. I-4809
 CJCE, 14 septembre 1999, *Gschwind*, aff. C-391/97, *Rec.* p. I-5451
 CJCE, 21 septembre 1999, *Läärä*, aff. C-124/97, *Rec.* p. I-6067
 CJCE, 21 septembre 1999, *Compagnie de Saint Gobain*, aff. C-307/97, *Rec.* p. I-6161
 CJCE, 21 septembre 1999, *BASF c/ Präsident des Deutschen Patentamtes*, aff. C-44/98, *Rec.* p. I-6269
 CJCE, 21 octobre 1999, *Zenatti*, aff. C-67/98, *Rec.* p. I-7289
 CJCE, 28 octobre 1999, *Vestergaard*, aff. C-55/98, *Rec.* p. I-7641

2000

CJCE, 13 janvier 2000, *Estée Lauder*, aff. C-220/98, *Rec.* p. I-117
 CJCE, 13 janvier 2000, *TK-Heimdienst*, aff. C-254/98, *Rec.* p. I-151
 CJCE, 27 janvier 2000, *Graf*, aff. C-190/98, *Rec.* p. I-493
 CJCE, 15 février 2000, *Commission c/ France*, aff. C-34/98, *Rec.* p. I-1052
 CJCE, 9 mars 2000, *Commission c/ Belgique*, aff. C-355/98, *Rec.* p. I-1221
 CJCE, 14 mars 2000, *Eglise de scientologie*, aff. C-54/99, *Rec.* p. I-1335
 CJCE, 11 avril 2000, *Deliège*, aff. jtes C-51 et 191/97, *Rec.* p. I-2549
 CJCE, 16 mai 2000, *Belgique c/ Espagne*, aff. C-388/95, *Rec.* p. I-3123
 CJCE, 6 juin 2000, *Verkooijen*, aff. C-35/98, *Rec.* p. I-4071
 CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, aff. C-209/98, *Rec.* p. I-3743
 CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff. C-281/98, *Rec.* p. I-4139
 CJCE, 11 juillet 2000, *Toolex*, aff. C-473/98, *Rec.* p. I-5681
 CJCE, 26 septembre 2000, *Commission c/ Autriche*, aff. C-205/98, *Rec.* p. I-7367
 CJCE, 3 octobre 2000, *Echirolles Distribution*, aff. C-9/99, *Rec.* p. I-8207
 CJCE, 3 octobre 2000, *Corsten*, aff. C-58/98, *Rec.* p. I-7919
 CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil (« Publicité pour le tabac I »)*, aff. C-376/98, *Rec.* p. I- 8419

2001

CJCE, 1^{er} février 2001, *Mc Quen*, aff. C-108/96, *Rec.* p. I-837
 CJCE, 8 mars 2001, *Gourmet International Products*, aff. C-405/98, *Rec.* p. I-1795
 CJCE, 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, aff. C-379/98, *Rec.* p. I-2099
 CJCE, 5 avril 2001, *Bellamy et English Shop Wholesale*, aff. C-123/00, *Rec.* p. I-2795
 CJCE, 21 juin 2001, *Commission c/ Irlande*, aff. C-30/99, *Rec.* p. I-4619
 CJCE, 12 juillet 2001, *Vanbraekel*, aff. C-368/98, *Rec.* p. I-5363
 CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, *Rec.* p. I-5473
 CJCE, 13 septembre 2001, *Schwarzkopf*, aff. C-169/99, *Rec.* p. I-5901
 CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* p. I-6193
 CJCE, 9 octobre 2001, *Pays Bas c/ Conseil et Parlement européen (« Biotechnologie »)*, aff. C-377/98, *Rec.* p. I-7079
 CJCE, 25 octobre 2001, *Commission c/ Grèce (« Produits pétroliers »)*, aff. C-398/98, *Rec.* p. I-7915
 CJCE, 25 octobre 2001, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-493/99, *Rec.* p. I-8163
 CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda e.a.*, aff. jtes C-49, 50/98, 52 à 54 et 68 à 71/98, *Rec.* p. I-7831
 CJCE, 20 novembre 2001, *Jany*, aff. C-268/99, *Rec.* p. I-8615
 CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, aff. C-17/00, *Rec.* p. I-9445
 CJCE, 13 décembre 2001, *Daimler Chrysler*, aff. C-324/99, *Rec.* p. I-9897

2002

- CJCE, 15 janvier 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-439/99, *Rec.* p. I-305
CJCE, 22 janvier 2002, *Canal Satélite Digital*, aff. C-390/99, *Rec.* p. I-607
CJCE, 7 février 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-279/00, *Rec.* p. I-1425
CJCE, 27 février 2002, *Commission c/ France*, aff. C-302/00, *Rec.* p. I-2055
CJCE, 23 avril 2002, *Nygård*, aff. C-234/99, *Rec.* p. I-3657
CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ France*, aff. C-52/00, *Rec.* p. I-3827
CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ Portugal*, aff. C-367/98, *Rec.* p. I-4731
CJCE, 6 juin 2002, *Sapod Audic*, aff. C-159/00, *Rec.* p. I-5031
CJCE, 20 juin 2002, *Radiosistemi*, aff. jtes C-388 et 429/00, *Rec.* p. I-5845
CJCE, 11 juillet 2002, *Grübner*, aff. C-294/00, *Rec.* p. I-6515
CJCE, 3 octobre 2002, *Danner*, aff. C-136/00, *Rec.* p. I-8147
CJCE, 17 octobre 2002, *Payroll Data Services*, aff. C-79/01, *Rec.* p. I-8923
CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rec.* p. I-9919
CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.* p. I-11453
CJCE, 12 décembre 2002, *Lankhorst-Hohorst*, aff. C-324/00, *Rec.* p. I-11779
CJCE, 12 décembre 2002, *De Groot*, aff. C-385/00, *Rec.* p. I-11819

2003

- CJCE, 16 janvier 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-12/00, *Rec.* p. I-459
CJCE, 16 janvier 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-14/00, *Rec.* p. I-513
CJCE, 16 janvier 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-388/01, *Rec.* p. I-721
CJCE, 6 février 2003, *Stylianikis*, aff. C-92/01, *Rec.* p. I-1291
CJCE, 13 février 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-131/01, *Rec.* p. I-1659
CJCE, 27 février 2003, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-389/00, *Rec.* p. I-2001
CJCE, 13 mars 2003, *Müller*, aff. C-229/01, *Rec.* p. I-2587
CJCE, 8 mai 2003, *ATRAL*, aff. C-14/02, *Rec.* p. I-4431
CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, aff. C-385/99, *Rec.* p. I-4509
CJCE, 13 mai 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-463/00, *Rec.* p. I-4581
CJCE, 13 mai 2003, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-98/01, *Rec.* p. I-4641
CJCE, 20 mai 2003, *Ravil SARL c/ Bellon import SARL et Biraghi SpA*, aff. C-469/00, *Rec.* p. I-5053
CJCE, 20 mai 2003, *Consorzio del Prosciutto di Parma et Salumificio S. Rita*, aff. C-108/01, *Rec.* p. I-5121
CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* p. I-5659
CJCE, 12 juin 2003, *Gerritse*, aff. C-234/01, *Rec.* p. I-5933
CJCE, 17 juin 2003, *De Danske Bilimportører*, aff. C-383/01, *Rec.* p. I-6065
CJCE, 9 septembre 2003, *Burbaud*, aff. C-285/01, *Rec.* p. I-8219
CJCE, 11 septembre 2003, *Anomar*, aff. C-6/01, *Rec.* p. I-8647
CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c/ Danemark*, aff. C-192/01, *Rec.* p. I-9693
CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *Rec.* p. I-10155
CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* p. I-10239
CJCE, 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, aff. C-405/01, *Rec.* p. I-10391
CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec.* p. I-11613
CJCE, 6 novembre 2003, *Piergiorgio Gambelli e.a.*, aff. C-243/01, *Rec.* p. I-13031
CJCE, 6 novembre 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-358/01, *Rec.* p. I-13145
CJCE, 13 novembre 2003, *Lindman*, aff. C-42/02, *Rec.* p. I-13519
CJCE, 13 novembre 2003, *Valentina Neri*, aff. C-153/02, *Rec.* p. I-13555
CJCE, 11 décembre 2003, *Schnitzer*, aff. C-215/01, *Rec.* p. I-14847

CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c/ 0800 DocMorris et Jacques Wierval*, aff. C-322/01, *Rec. p. I-14887*

2004

CJCE, 5 février 2004, *Commission c/ Italie* (« Produits alimentaires pour sportifs »), aff. C-270/02, *Rec. p. I-1559*

CJCE, 11 mars 2004, *Commission c/ France*, aff. C-496/01, *Rec. p. I-2351*

CJCE, 11 mars 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, aff. C-9/02, *Rec. p. I-2409*

CJCE, 18 mars 2004, *Leichtle*, aff. C-8/02, *Rec. p. I-2641*

CJCE, 25 mars 2004, *Karner*, aff. C-71/02, *Rec. p. I-3025*

CJCE, 29 avril 2004, *Weigel*, aff. C-387/01, *Rec. p. I-4981*

CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos*, aff. jtes C-482 et 493/01, *Rec. p. I-5257*

CJCE, 1^{er} juillet 2004, *Wallentin*, aff. C-169/03, *Rec. p. I-6443*

CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c/ France*, aff. C-262/02, *Rec. p. I-6569*

CJCE, 15 juillet 2004, *Douwe Egberts*, aff. C-239/02, *Rec. p. I-7007*

CJCE, 15 juillet 2004, *Lenz*, aff. C-315/02, *Rec. p. I-7063*

CJCE, 15 juillet 2004, *Lindfors*, aff. C-365/02, *Rec. p. I-7183*

CJCE, 15 juillet 2004, *Weidert et Paulus*, aff. C-242/03, *Rec. p. I-7379*

CJCE, 7 septembre 2004, *Manninen*, aff. C-319/02, *Rec. p. I-7477*

CJCE, 7 septembre 2004, *Commission c/ France*, aff. C-347/02, *Rec. p. I-7557*

CJCE, 9 septembre 2004, *Carbonati Apuani c/ Commune di Carrara*, aff. C-72/03, *Rec. p. I-8027*

CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, *Rec. p. I-8961*

CJCE, 7 octobre 2004, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-189/03, *Rec. p. I-9289*

CJCE, 14 octobre 2004, *Commission c/ Italie*, aff. C-143/03 (non publié au recueil)

CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec. p. I-9609*

CJCE, 14 octobre 2004, *Espagne c/ Commission*, aff. C-173/02, *Rec. p. I-9735*

CJCE, 21 octobre 2004, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-445/03, *Rec. p. I-10191*

CJCE, 14 décembre 2004, *Radlberger & Spitz*, aff. C-309/02, *Rec. p. I-11763*

CJCE, 14 décembre 2004, *Arnold André GmbH & Co. KG c/ Landrat des Kreises Herford*, aff. C-434/02, *Rec. p. I-11825*

CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match AB et Swedish Match AB UK Ltd c/ Secretary of State for Health*, aff. C-210/03, *Rec. p. I-11893*

2005

CJCE, 17 février 2005, *Viacom Outdoor srl et Giotto Immobilier sarl* (« Viacom II »), aff. C-134/03, *Rec. p. I-1167*

CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, *Rec. p. I-2119*

CJCE, 17 mars 2005, *Kranemann*, aff. C-109/04, *Rec. p. I-2421*

CJCE, 21 avril 2005, *Commission c/ Grèce*, aff. C-140/03, *Rec. p. I-3177*

CJCE, 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, aff. C-20/03, *Rec. p. I-4133*

CJCE, 16 juin 2005, *Commission c/ France*, aff. C-104/04 (non publié au recueil)

CJCE, 5 juillet 2005, *D.*, aff. C-376/03, *Rec. p. I-5821*

CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, aff. C-403/03, *Rec. p. I-6421*

CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for natural Health*, aff. jtes C-154 et 155/04, *Rec. p. I-6451*

CJCE, 8 septembre 2005, *Mobistar et Belgacom Mobile*, aff. jtes C-544 et 545/03, *Rec. p. I-7723*

CJCE, 15 septembre 2005, *Commission c/ Danemark*, aff. C-464/02, *Rec. p. I-7929*

CJCE, 8 novembre 2005, *Jersey Produce, Marketing*, aff. C-293/02, *Rec. p. I-9543*

CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Portugal*, aff. C-432/03, *Rec. p. I-9665*

CJCE, 15 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-320/03, *Rec. p. I-9871*

CJCE, 24 novembre 2005, *Schwarz*, aff. C-366/04, *Rec. p. I-10139*

CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03, *Rec. p. I-10837*

2006

CJCE, 19 janvier 2006, *Colegio*, aff. C-330/03, *Rec. p. I-801*

CJCE, 26 janvier 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C-514/03, *Rec. p. I-963*

CJCE, 23 février 2006, *A-Punkt Schmuckhandels GmbH c/ Claudia Schmidt*, aff. C-441/04, *Rec. p. I-2093*

CJCE, 23 février 2006, *Commission c/ Finlande*, aff. C-232/03, *Rec. p. I-27** (Pub. somm.)

CJCE, 23 mars 2006, *Commission c/ Belgique*, aff. C-408/03, *Rec. p. I-2647*

CJCE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Commercialisti*, aff. C-451/03, *Rec. p. I-2941*

CJCE, 30 mars 2006, *Mattern et Cikotic*, aff. C-10/05, *Rec. p. I-3145*

CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, *Rec. p. I-4325*

CJCE, 30 mai 2006, *Parlement c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-317 et 318/04, *Rec. p. I-4720*

CJCE, 1^{er} juin 2006, *Innoventif*, aff. C-453/04, *Rec. p. I-4929*

CJCE, 15 juin 2006, *Commission c/ France*, aff. C-255/04, *Rec. p. I-5251*

CJCE, 29 juin 2006, *Commission c/ Italie*, aff. C-487/04, *Rec. p. I-85* (Pub. somm.)

CJCE, 6 juillet 2006, *Robert Hans Conijn c/ Finanzamt Hamburg-Nord*, aff. C-346/04, *Rec. p. I-6137*

CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, *Rec. p. I-6947*

CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, aff. C-196/04, *Rec. p. I-7995*

CJCE, 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos*, aff. jtes C-158 et 159/04, *Rec. p. I-8135*

CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson*, aff. C-506/04, *Rec. p. I-8613*

CJCE, 19 septembre 2006, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-193/05, *Rec. p. I-8673*

CJCE, 21 septembre 2006, *Commission c/ Autriche*, aff. C-168/04, *Rec. p. I-9041*

CJCE, 28 septembre 2006, *Ahokaine et Leppik*, aff. C-434/04, *Rec. p. I-9171*

CJCE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz*, aff. C-452/04, *Rec. p. I-9521*

CJCE, 26 octobre 2006, *Commission c/ Grèce*, aff. C-65/05, *Rec. p. I-10341*

CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, aff. C-192/05, *Rec. p. I-10451*

CJCE, 9 novembre 2006, *Turpeinen*, aff. C-520/04, *Rec. p. I-10685*

CJCE, 14 novembre 2006, *Kerckhaert et Morres*, aff. C-513/04, *Rec. p. I-10967*

CJCE, 5 décembre 2006, *Cipolla*, aff. C-94/04, *Rec. p. I-11421*

CJCE, 12 décembre 2006, *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil (« Publicité pour le tabac II »)*, aff. C-380/03, *Rec. p. I-11573*

CJCE, 12 décembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation c/ Inland Revenue Commissioners*, aff. C-374/04, *Rec. p. I-11673*

CJCE, 14 décembre 2006, *Commission c/ Autriche*, aff. C-257/05, *Rec. p. I-134** (Pub. somm.)

2007

CJCE, 11 janvier 2007, *Lyyski*, aff. C-40/05, *Rec. p. I-99*

CJCE, 11 janvier 2007, *ITC*, aff. C-208/05, *Rec. p. I-181*

CJCE, 30 janvier 2007, *Commission c/ Danemark*, aff. C-150/04, *Rec. p. I-1163*

CJCE, 6 mars 2007, *Meilicke*, aff. C-292/04, *Rec. p. I-1835*

CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. C-338/04, *Rec. p. I-1891*

CJCE, 15 mars 2007, *Commission c/ Finlande*, aff. C-54/05, *Rec. p. I-2473*

CJCE, 17 avril 2007, *A.GM-COS-MET Srl c/ Suomen Valtio, Tarmo Lethinen*, aff. C-470/03, *Rec. p. I-2749*

CJCE, 5 juin 2007, *Rosengren e.a.*, aff. C-170/04, *Rec. p. I-4071*

CJCE, 5 juillet 2007, *Commission c/ Belgique*, aff. C-522/04, *Rec. p. I-5701*

CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c/ Italie* (« recouvrement extrajudiciaire de créances »), aff. C-134/05, *Rec.* p. I-6251
 CJCE, 18 juillet 2007, *Lakebrink et Peters-Lakebrink*, aff. C-182/06, *Rec.* p. I-6705
 CJCE, 11 septembre 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-318/05, *Rec.* p. I-6957
 CJCE, 13 septembre 2007, *Commission c/ Italie*, aff. C-260/04, *Rec.* p. I-7083
 CJCE, 20 septembre 2007, *Commission c/ Grèce*, aff. C-74/06, *Rec.* p. I-7585
 CJCE, 4 octobre 2007, *Schutzverband der Spirituososen-Industrie eV c/ Diageo Deutschland GmbH*, aff. C-457/05, *Rec.* p. I-8075
 CJCE, 11 octobre 2007, *ELISA*, aff. C-451/05, *Rec.* p. I-8251
 CJCE, 25 octobre 2007, *Geurts et Vogten*, aff. C-464/05, *Rec.* p. I-9325
 CJCE, 8 novembre 2007, *Amurta*, aff. C-379/05, *Rec.* p. I-9569
 CJCE, 8 novembre 2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten et Gemeindebetriebe Frohnleiten*, aff. C-221/06, *Rec.* p. I-9643
 CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03, *Rec.* p. I-9777
 CJCE, 15 novembre 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-319/05, *Rec.* p. I-9811
 CJCE, 29 novembre 2007, *Commission c/ Autriche*, aff. C-393/05, *Rec.* p. I-10195
 CJCE, 11 décembre 2007, *Eind*, aff. C-291/05, *Rec.* p. I-10719
 CJCE, 11 décembre 2007, *The International Transport Workers Federation et the Finnish Seamen's Union* (« Viking Line »), aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10779
 CJCE, 13 décembre 2007, *Commission c/ Italie* (« agents de sécurité »), aff. C-465/05, *Rec.* p. I-11091
 CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05, *Rec.* p. I-11767

2008

CJCE, 17 janvier 2008, *Jäger*, aff. C-256/06, *Rec.* p. I-123
 CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, *Rec.* p. I-505
 CJCE, 13 mars 2008, *Commission c/ Belgique*, aff. C-227/06, *Rec.* p. I-46* (Pub. somm.)
 CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, *Rec.* p. I-1989
 CJCE, 10 avril 2008, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-398/06, *Rec.* p. I-56* (Pub. somm.)
 CJCE, 20 mai 2008, *Orange European Smallcap Fund*, aff. C-194/06, *Rec.* p. I-3747
 CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, *Rec.* p. I-3993
 CJCE, 5 juin 2008, *Commission c/ Pologne*, aff. C-170/07, *Rec.* p. I-87* (Pub. somm.)
 CJCE, 19 juin 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers et Andibel*, aff. C-219/07, *Rec.* p. I-4475
 CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ France*, aff. C-389/05, *Rec.* p. I-5337
 CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Network Noord BV*, aff. C-206/06, *Rec.* p. I-5497
 CJCE, 17 juillet 2008, *Corporacion Dermoestética SA c/ To M^e group Advertising Media*, aff. C-500/06, *Rec.* p. I-5785
 CJCE, 11 septembre 2008, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-141/07, *Rec.* p. I-6935
 CJCE, 23 septembre 2008, *Bartsch*, aff. C-427/06, *Rec.* p. I-7245
 CJCE, 16 octobre 2008, *Holmqvist*, aff. C-310/07, *Rec.* p. I-7871
 CJCE, 6 novembre 2008, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. C-405/07 P, *Rec.* p. I- 8301
 CJCE, 4 décembre 2008, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-249/07, *Rec.* p. I-174* (Pub. somm.)
 CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka-Weyhermüller*, aff. C-221/07, *Rec.* p. I-9029
 CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *Rec.* p. I-9641
 CJCE, 16 décembre 2008, *Gysbrechts et Santurel Inter*, aff. C-205/07, *Rec.* p. I-9947
 CJCE, 22 décembre 2008, *Sté Régie Networks*, aff. C-333/07, *Rec.* p. I-10807

2009

CJCE, 27 janvier 2009, *Persche*, aff. C-318/07, *Rec.* p. I-359
 CJCE, 10 février 2009, *Commission c/ Italie* (« cyclomoteurs »), aff. C-110/05, *Rec.* p. I-519

CJCE, 12 février 2009, *Block*, aff. C-67/08, *Rec.* p. I-883
 CJCE, 5 mars 2009, *Commission c/ Espagne*, aff. C-88/07, *Rec.* p. I-1353
 CJCE, 5 mars 2009, *UTECA*, aff. C-222/07, *Rec.* p. I-1407
 CJCE, 5 mars 2009, *Kattner*, aff. C-350/07, *Rec.* p. I-1513
 CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, *Rec.* p. I-1721
 CJCE, 26 mars 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-326/07, *Rec.* p. I-2291
 CJCE, 28 avril 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-518/06, *Rec.* p. I-3491
 CJCE, 30 avril 2009, *Fachverband der Buch – und Medienwirtschaft c/ LIBRO Handelgesellschaft mbH*, aff. C-531/07, *Rec.* p. I-3717
 CJCE, 30 avril 2009, *Lidl Magyarország*, aff. C-132/08, *Rec.* p. I-3841
 CJCE, 19 mai 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-531/06, *Rec.* p. I-4103
 CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aff. C-171/07, *Rec.* p. I-4171
 CJCE, 4 juin 2009, *Mickelsson et Roos*, aff. C-142/05, *Rec.* p. I-4273
 CJCE, 11 juin 2009, *Commission c/ Autriche* (« agents de brevet »), aff. C-564/07, *Rec.* p. I-100* (Pub. somm.)
 CJCE, 11 juin 2009, *X et Passenheim-van Schoot*, aff. jtes C-155 et 157/08, *Rec.* p. I-5093
 CJCE, 16 juillet 2009, *Von Chamier-Glisczinski*, aff. C-208/07, *Rec.* p. I-6095
 CJCE, 25 juin 2009, *Commission c/ Autriche*, aff. C-356/08, *Rec.* p. I-108* (Pub. somm.)
 CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-7633
 CJCE, 8 septembre 2009, *Budějovický Budvar*, aff. C-478/07, *Rec.* p. I-7721
 CJCE, 10 septembre 2009, *Commission c/ Belgique*, aff. C-100/08, *Rec.* p. I-140* (Pub. somm.)
 CJCE, 10 septembre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-269/07, *Rec.* p. I-7811
 CJCE, 1er octobre 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, aff. C-567/07, *Rec.* p. I-9021
 CJCE, 6 octobre 2009, *Commission c/ Espagne*, aff. C-153/08, *Rec.* p. I-9735
 CJCE, 22 octobre 2009, *Commission c/ Portugal*, aff. C-438/08, *Rec.* p. I-10219
 CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, aff. C-351/08, *Rec.* p. I-10777
 CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, aff. C-169/08, *Rec.* p. I-10821
 CJCE, 19 novembre 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, *Rec.* p. I-11049
 CJCE, 10 décembre 2009, *Commission c/ Grèce*, aff. C-460/08, *Rec.* p. I-216* (Pub. somm.)
 CJCE, 10 décembre 2009, *Pešla*, aff. C-345/08, *Rec.* p. I-11677

2010

CJUE, 21 janvier 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-546/07, *Rec.* p. I-439
 CJUE, 28 janvier 2010, *Commission c/ France*, aff. C-333/08, *Rec.* p. I-757
 CJUE, 11 mars 2010, *Attanasio Group Srl*, aff. C-384/08, *Rec.* p. I-2055
 CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais*, aff. C-325/08, *Rec.* p. I-2177
 CJUE, 13 avril 2010, *Bressol*, aff. C-73/08, *Rec.* p. I-2735
 CJUE, 15 avril 2010, *CIBA*, aff. C-96/08, *Rec.* p. I-2911
 CJUE, 15 avril 2010, *Commission c/ France*, aff. C-64/09, *Rec.* p. I-3283
 CJUE, 22 avril 2010, *Dimos Agiou Nikolaou*, aff. C-82/09, *Rec.* p. I-3649
 CJUE, 29 avril 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-160/08, *Rec.* p. I-3713
 CJUE, 1^{er} juin 2010, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, aff. jtes C-570 et 571/07, *Rec.* p. I-4629
 CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd*, aff. C-203/08, *Rec.* p. I-4695
 CJUE, 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming et Ladbrokes International*, aff. C-258/08, *Rec.* p. I-4757
 CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd*, aff. C-58/08, *Rec.* p. I-4999
 CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Sbarigia*, aff. C-393/08, *Rec.* p. I-6333
 CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Dijkman et Dijkman-Lavaleije*, aff. C-233/09, *Rec.* p. I-6645

CJUE, 8 juillet 2010, *Sjöberg*, aff. jtes C-447 et 448/08, *Rec.* p. I-6921
 CJUE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Portugal*, aff. C-171/08, *Rec.* p. I-6817
 CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08, *Rec.* p. I-7091
 CJUE, 8 septembre 2010, *Markus Stoß*, aff. jtes C-316, 358 à 360, 409 et 410/07, *Rec.* p. I-8069
 CJUE, 9 septembre 2010, *Engelmann*, aff. C-64/08, *Rec.* p. I-8219
 CJUE, 14 octobre 2010, *Van Delft*, aff. C-354/09, *Rec.* p. I-9879
 CJUE, 26 octobre 2010, *Schmelz*, aff. C-97/09, *Rec.* p. I-10465
 CJUE, 18 novembre 2010, *Commission c/ Portugal*, aff. C-458/08, *Rec.* p. I-11599
 CJUE, 2 décembre 2010, *Jakubowska*, aff. C-225/09, *Rec.* p. I-12329
 CJUE, 2 décembre 2010, *Ker-Optika bt*, aff. C-108/09, *Rec.* p. I-12213
 CJUE, 9 décembre 2010, *Humanplasma GmbH*, aff. C-421/09, *Rec.* p. I-12869
 CJUE, 16 décembre 2010, *Commission c/ France*, aff. C-89/09, *Rec.* p. I-12941
 CJUE, 16 décembre 2010, *Josemans*, aff. C-137/09, *Rec.* p. I-13019
 CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec.* p. I-13693
 CJUE, 22 décembre 2010, *Omalet*, aff. C-245/09, *Rec.* p. I-13771
 CJUE, 22 décembre 2010, *Tankreederei I SA*, aff. C-287/10, *Rec.* p. 14233
 CJUE, 22 décembre 2010, *Yellow Cab*, aff. C-338/09, *Rec.* p. I-13927

2011

CJUE, 27 janvier 2011, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-490/09, *Rec.* p. I-247
 CJUE, 3 février 2011, *Ebert*, aff. C-359/09, *Rec.* p. I-269
 CJUE, 3 mars 2011, *Kakavetsos-Fragkopoulos*, aff. C-161/09, *Rec.* p. I-915
 CJUE, 10 mars 2011, *Casteels*, aff. C-379/09, *Rec.* p. I-1379
 CJUE, 17 mars 2011, *Peñarroja*, aff. jtes C-372 et 373/09, *Rec.* p. I-1785
 CJUE, 24 mars 2011, *Commission c/ Espagne*, aff. C-400/08, *Rec.* p. I-1915
 CJUE, 29 mars 2011, *Commission c/ Italie*, aff. C-565/08, *Rec.* p. I-2101
 CJUE, 5 avril 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, aff. C-119/09, *Rec.* p. I-2551
 CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ France*, aff. C-50/08 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 16 juin 2011, *Commission c/ Autriche*, aff. C-10/10 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 30 juin 2011, *Zeturf Ltd*, aff. C-212/08 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 30 juin 2011, *Commission c/ Belgique*, aff. C-397/10 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 21 juillet 2011, *Commission c/ Portugal*, aff. C-518/09 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e. a.*, aff. jtes C-78 à 80/08 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 15 septembre 2011, *Dickinger et Ömer*, aff. C-347/09 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 29 septembre 2011, *Commission c/ Autriche*, aff. C-387/10 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c/ Portugal*, aff. C-255/09 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 10 novembre 2011, *Commission c/ Portugal*, aff. C-212/09 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 1^{er} décembre 2011, *Commission c/ Hongrie*, aff. C-253/09 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 21 décembre 2011, *Commission c/ Autriche*, aff. C-28/09 (non encore publié au recueil)

2012

CJUE, 1^{er} mars 2012, *Ascafor et Asidac*, aff. C-484/10 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 10 mai 2012, *Duomo Gpa Srl*, aff. jtes C-357 à 359/10 (non encore publié au recueil)
 CJUE, 5 juin 2012, *Commission c/ EDF*, aff. C-124/10P (non encore publié au recueil)
 CJUE, 14 juin 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-542/09 (non encore publié au recueil)

CJUE, 12 juillet 2012, *SC Volksbank România*, aff. C-602/10 (non encore publié au recueil)
CJUE, 12 juillet 2012, *Association Kokopelli*, aff. C-59/11 (non encore publié au recueil)
CJUE, 12 juillet 2012, *Fra.bo*, aff. C-171/11 (non encore publié au recueil)
CJUE, 19 juillet 2012, *Garkalns*, aff. C-470/11 (non encore publié au recueil)
CJUE, 6 septembre 2012, *Commission c/ Belgique*, aff. C-150/11 (non encore publié au recueil)
CJUE, 6 septembre 2012, *DI VI Finanziaria SAPA di Diego della Valle*, aff. C-380/11 (non encore publié au recueil)
CJUE, 25 octobre 2012, *Commission c/ Belgique*, aff. C-387/11 (non encore publié au recueil)
CJUE, 8 novembre 2012, *Commission c/ Grèce*, aff. C-244/11 (non encore publié au recueil)
CJUE, 19 décembre 2012, *Commission c/ Belgique*, aff. C-577/10 (non encore publié au recueil)

TRIBUNAL

TPICE, 8 juin 1995, *Schöller c/ Commission*, aff. T-9/93, *Rec.* p. II-1611
TPICE, 27 juin 2007, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. T-182/06, *Rec.* p. II-1983
Trib., 15 décembre 2009, *EDF c/ Commission*, aff. T-156/04, *Rec.* p. II-4503
Trib., 21 mai 2010, *France e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-425, 444, 450 et 456/04, *Rec.* p. II-2099

INDEX

Les numéros correspondent aux paragraphes.

A

Accès au marché (critère de l') : 47, 54, 98, 159-179, 195, 211, 219, **232-236**, **243-244**, **261**, 264, 265, 331, **332-387**, 400, 404, 406, 409, 414, **416-418**, 422, 429, 470, 714, 782, 796-797, 817

Activités participant à l'exercice de l'autorité publique (article 51 TFUE) : 165, 595, 613-614, **621-623**

Aide d'Etat : 37, 115, **129**, 197, 559, 819

Animaux (protection des) : v. protection de la santé

Aptitude (de la mesure) : 696, 701, **702-706**. V. également proportionnalité

Avantages sociaux : 98, **180-184**, **215-216**, 293, 377, 396, 405, **550-551**, 692

Avocats : 110, 143, **163-178**, 405, 466, 622, 685

B

Balancing test : v. proportionnalité

C

Capitaux : v. libre circulation des capitaux

Citoyenneté : **18**, 33, 36, 43, 78, **95**, 146, **147-157**, 158, 159, 179, 214-218, 219, 388, 579, 588-590, 674, 689-693, 694-697, 788, 825

Clause de sauvegarde : v. sauvegarde

Cohérence (de la mesure) : **703-706**, 746. V. également proportionnalité

Cohérence fiscale : 596, **632-637**

Commerce clause (clause de commerce) :

Commerce power (pouvoir de commerce) : v. intégration positive

Dormant commerce clause / negative commerce clause : 1, 12, 32, 43-44, 49, 51, 61-62, 65, 73, 78, 109, 113, **117-122**, **129-131**, 133, 134-135, 140-141, 151, 162, 189, 191, 207, 209-211, 224, **246-264**, **295-331**, **332-342**, 352, 354, 388, 389, **390-394**, 433, 438, 445, 454, 470, 479-480, **481-488**, 521, 525, 529, 539, 557, **588-577**, 579, **580-587**, 590,

654, **662-678**, 679, 746, 750, 753, 757-758, 762, 777, 785, **787-793**, 815

Consommateurs (protection des) : 322, 353, 491, 510, 547, **585**, **596**, **650**, **710**, 716, **723**, 731, 734, 756, 777, 781, 796

Contrôle de proportionnalité : v. proportionnalité

D

Décloisonnement des marchés : 15, 47-48, **222-423**, 429, 493

Diplômes : v. reconnaissance mutuelle des qualifications et des des diplômes

Discrimination : 42-47, 50-55, 60, 62, 65, 72-73, **77-198**, 200-201, 206-207, 210-211, 214-217, 219-221, 222, 224, 227-236, 239-241, 242, 246, 247-249, **255-263**, 266-267, 273, **280-284**, 287-289, 293, 295, 298-303, 318-320, 323, 327, 333-341, 349, 354, 359-360, 364, 367, 385, 391, 410, 420, 421, 426, 428, 470, 487-488, 504, 513, 517, 558-559, 563, 565, 572, 574, 578, 579, 588-590, 594, 596-597, 600-601, 602-603, 604, 606, 610-612, 616-623, 624-626, 627-631, 632-635, 641, 643, 647-648, 654, **663-668**, 676, 678, 683, 687-688, 690, 691-693, 696, 746, 748, 750-753, 756-758, 764, 769, 777, 789-792, 817-820

Discrimination à rebours : 85, **107-112**, 420

Discrimination arbitraire : 50, 517, 542, 606, 698, 780

Discrimination directe : 85, 96, **99-100**, **134-138**, 152, 192, 257, 349, 484, 561, 563, 601, **602-603**, 629-630, 789, 790

Discrimination indirecte : 96, **100-104**, 123, 138-145, 161, 183, 193, 208, 238, 257, 315, 353-354, 359, 364, 368, 409, **410-415**, 601, 632, 634, 777, 811

Double charge (critère de la) : **98**, 195, **233**, 236, 244, 260, 264, 265, **266-331**, 362, 379

Dormant commerce clause : v. Commerce clause

Droit exclusif : 92, 211, 335-338, 393, 466, 470, 546, 572, 675, 704-705, 725, 757

Droits de douane : 1, 7-8, 33, 42-44, 46, 51, 53, 55, **56-76**, 110, 115, 129, 206, 207, 219, 474, 498, **529**

Due process clause : 43, 47, 173, 246, 261, 331, 352, 387, 388, 389, **395-399**, 423, 615, 689, **694-697**, 785, 786. V. également liberté économique

E

Effet direct : 21, 25

Egalité de traitement : v. discrimination

Emploi (protection de l') : 551

Emplois dans l'administration publique (article 45, §4 TFUE) : 595, 613-614, **616-620**

Entrave (notion d') : 31-431

Entreprises publiques : **92**, 337-338, 572-573, 675

Environnement (protection de l') : 135, 252, 310, 456, 465, 470, 491, 494, 510, 517, **585**,

586, 626, **627-631**, 649-650, 665, 667, 740, 743, 750, **755-764**, 777

Equal Protection Clause : **43**, 84, 110, **152**, 181, 189-191, 215, 246, 487, 579, 615, 689-690, **691-693**

Etablissement : v. liberté d'établissement

Exceptions aux libertés de circulation : 39, 40, 50, 58, 64-65, 68, 86, 91, 101, 160, 162, 165, 180-182, 210, 247, 290, 437, 452, 453, 456, 467, 469, 470, 471, 472, 503, 506, **509-510**, 517, 529-532, **535-651**, 663, 666, 669, 698, 724, 741-764, 780, 807, 815

Exigences impératives d'intérêt général : 596. V. exceptions aux libertés de circulation

Exportations : 1, 15, 42, 46, 50, 58, 61, 65, 67, 69, 72, **75**, 80, 110, 113, **202-212**, 226, **239-241**, 385, 459, 466, 470, 507, 512, 551, 566, 627, 750, 753, 757, 780, 789

F

Fédéralisme : 12, 14, **18**, 40, 41, 70, 129, **314-322**, 440, 477-478, 525, 581, 583, 788, **798**, 814-816, **819**, 824, 826

Fédéralisme coopératif : 550, 583

Fédéralisme dual : 581, 583

Fiscalité directe : 88-89, 91, 158, 217, **185-196**, 574, **632-636**

Fiscalité indirecte : 89, 90, **114-132**, **204-207**. V. également impositions intérieures

Fraude : 181, 322, 584, 632, 666, 786

G

GATT (accords du) : v. Organisation Mondiale du Commerce

H

Harmonisation : 9, 32, 40, 132, 268, 292, 310, 317, 439-471, 490, 491-520, 551, 753, 808, 819, 822

I

Import-export clause : 51, **61**. V. droits de douane

Impositions intérieures : 50, 73, 90, 113, **114-132**, 188, **204-207**

Intégration : 2, 4, 5-10, 13, 15, 30, 31, 41, 45, 485, 821, 823, 827

Intégration économique : 2, 7, 9, 10, **30**, 41, 473, **485**, **820**, **821**, **827**

Intégration juridique : **30**, **485**, 813, **820**, **821**, **827**

Intégration négative : 4, 23, 25, **30**, 33, 34, 38, 40, **44-47**, 94, 114, 198, 283, 321, 412,

414, 425, 431, 432-435, 466, 473, 793, 496, 497-499, 513, 522-526, 529, 535, 536, 577, 813, 815, 817, 819, 820, 827

Intégration positive : 30, 32, 40, 491, 819, 827

J

Jeux (réglementation des) : 326, 704, 705, 716, 724, 729, 733-734, 769

L

Liberté d'établissement : 33, 42, 43, 79, 96, 110, 143, 141, 165-169, 178, 188, 193, 243-244, 269, 285, 287, 288, 291-292, 293, 317, 340, 359-383, 391, 396, 402-408, 411, 420, 510, 512, 543, 592-593, 595, 599, 610, 621-623, 640, 645, 649-650, 666, 715, 725, 727, 729, 734, 742, 748, 796

Liberté économique : 43, 47, 244, 246, 261, 387, 388-420, 422, 429, 494, 513, 695. V. également Due process clause

Libre circulation des capitaux : 9, 10, 33, 35, 37, 42, 91, 188, 223, 375, 551, 593-594, 599, 724

Libre circulation des marchandises : 1, 9, 33, 38, 42, 43, 46, 49-50, 56-76, 78-80, 90, 98, 104, 107-111, 113-145, 188, 197, 199, 201, 202-212, 218, 223, 226-245, 246, 260, 268, 272, 273-284, 289-290, 296, 305-311, 315, 318, 328, 343, 344-358, 370, 384-385, 388, 396, 405, 411-412, 461, 465, 470, 492, 503-504, 513, 517, 538, 540, 542, 546, 551-552, 566, 568, 592-594, 596, 604, 606, 607-609, 611, 627, 637, 640, 642, 644-646, 667, 698-699, 715, 723-724, 727, 729-730, 741-742, 746, 751-753, 755, 780-781, 793, 807-808, 821

Libre circulation des personnes : 12, 33, 36, 42-43, 79, 95, 102, 146-198, 213-218, 242-245, 260, 272, 291-292, 293, 343, 359-383, 384, 477, 594-595, 599, 609, 615, 640, 645, 679-687, 691-693, 741-742

Libre circulation des travailleurs : 9, 42, 79, 91, 96, 102, 149, 151, 155, 160-162, 179, 193, 195, 214, 216, 243-244, 269, 287, 292, 293, 360, 380-382, 432, 484, 498, 504, 551, 563-565, 591-595, 603, 613-620, 623, 682, 698, 715, 742

Libre-échange : 5, 7, 8, 10, 15-16, 44, 50, 53, 70, 333-334, 526, 536, 791, 823

Libre prestation de services : 9, 13, 33, 37, 42, 43, 49, 78, 79, 81, 98, 107, 143, 151, 152, 155, 161, 163, 170-178, 188, 195, 214, 223, 242-245, 246, 258, 268, 272, 285, 286-290, 292, 293, 343, 360-362, 359-383, 396, 403-405, 411-412, 417, 418, 420, 477, 526, 538, 540, 543, 551, 558, 578, 592, 593, 595, 599, 603, 610, 621-623, 632-638, 640, 644-645, 649-650, 651, 667, 707, 715, 716, 724-725, 727-728, 729, 741-742, 748, 755-756, 769, 781, 808

M

Marchandises : v. libre circulation des marchandises

Marché intérieur : 1, 3, 9, 10, 13, 14, 15, 21, 27, 30, 36, 37, 39, 40, 43, 77, 94, 99, 100, 148,

155-156, 177, 187, 220, 222, 332, 388, 223, 257, 266, 268, 273, 283, 310, 417, 429, 477, 478, **485**, 499, 514, 517, 536, 689, 773-783, 798, 813, **820-823, 827**

Marché commun / marché unique : 3-4, 5, **9**, 10, 12, 13, 15, 23, 30, 37, 47, 50

Marchés publics : 35, 484, 563-564

Market participant doctrine : 129, 162, 470, **558-577**

Mesures d'effet équivalent : v. libre circulation des marchandises

Monopole : v. droit exclusif

Moralité (protection de la) : 326, 517, 584, 593-594, 604, 607, 724, 733

N

Nécessité (de la mesure) : 707-738. V. également proportionnalité

Non-discrimination (principe de) : v. discrimination

O

Ordre public (protection de l') : 517, 584, 592, 594, 604, **608-610**, 649-650, 742

Organisation Mondiale du Commerce : 6-8, 20, 53, 56, 70, 86

Original Package Doctrine : **72**, 109

P

Personnes : v. libre circulation des personnes

Pike test : v. proportionnalité

Pouvoirs de police (police powers) : 580-587. V. également exceptions aux libertés de circulation

Préemption : 72, 252, 271, 278, 314, 437, **439-471**, 483, 487, 565, 753

Préemption par silence : 463, **483**, 789

Primauté : **21**, 271, 436, 439, 444, 451, 454, 487, 521, 813

Privileges and Immunities Clause : **43**, 78, 113, 151, **152**, 154, 162, 168, 176, 189-190, 246, 565, **588-590**, 661, **679-688**

Privileges or Immunities Clause : **43**, 91, 487, 690. V. également Equal Protection Clause

Prix (réglementation des) : 133, 137, **168-144**, 212, 219, 258, 351, 375, 391, 398, 411, 487, 544, 552, 561, 604, 731

Proportionnalité : 39, 66, **101**, 118, 121, 132, 161, 181, 224, 233, 246, 252, 254, 255, 257, 272, 299, 303, 326, 351, 353, 363, 366, 370, **374-375**, 396, 434, 436, 487, 506, 509, **512-515**, 517, **528-534**, 555, 561, 572, 574, 586, 596, 611, 648, 651, **652-810**, 815, 817

Propriété industrielle et commerciale (protection de la) : 510, 517, 593, 594

Protection de l'emploi : v. emploi

Protectionnisme : 44, 46-48, **49-221**, 240, 273, 280, 283, 289, 333, 338, 389, 426, 428-429, 478, 535, 536-577, 764, 775, 777, 781, 797, 813, 821

Q

Qualifications professionnelles : v. reconnaissance mutuelle des qualifications et des diplômes

R

Raisons impérieuses d'intérêt général : 596. V. exceptions aux libertés de circulation

Rapprochement des législations : v. harmonisation

Réciprocité : 210, **257**, 324, **750**, 753

Reconnaissance mutuelle : 47, **98**, 160, 169, 178, 235, 236, 268, 271, **272**, 273, **274-275**, 291-292, 321, 429, 517, 650, **713**, 751-753, 797, 807

Reconnaissance mutuelle des qualifications et des diplômes : **160**, **162**, 166, 169, **178**, 244, 269, 292, 362, 364, 715, 728

Représentation-renforcement doctrine (théorie de la représentation politique) : 790-792

Restriction déguisée : **50**, **104-105**, 136, 200, **517**, **542**, 606, 698, **780**

Restrictions (aux libertés de circulation) : v. entrave

Restrictions quantitatives aux importations ou aux exportations : v. libre circulation des marchandises

Right to travel : 12, **43**, **149-150**, **152**, 182, 215, 615. V. également libre circulation des personnes

S

Santé publique (protection de la) : 280, 324, 337, 396, 456, 491-494, 510-511, 517, **584**, **592-594**, 604, 606, 609, 649-650, 666, 671, 686, 694, 699, 705, 723-724, 727, 730, 733, 740, **741-754**, 756, 759, 777, 779-780

Sauvegarde (clause de) : 492, 520

Sécurité publique (protection de la) : 280, 517, 592, 594, 604, **608-610**, 649-650, 742

Sécurité sociale : v. avantages sociaux

Services : v. libre prestation de services

Services d'intérêt économique général : **35**, 92

Service rendu (taxe pour) : 58, **64-67**, 118, 121

Situations purement internes : 409, **419-420**

Strict scrutiny test : 663-668. V. également proportionnalité

Subsidiarité : 21, 768

T

Taxes d'effet équivalent : v. droits de douane

Tonnage clause : v. droits de douane

Transport : 50, 138, 251, 258, **260**, 284, 295, **296-612**, 326, 463, 671, 674, 677

U

Union douanière : 5, **8**, 9-10, 13. V. également droits de douane

Union économique et monétaire : 5, **10**, 18

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
Un même emploi de la notion de marché intérieur ?	4
Une histoire commune : la volonté du progrès économique par la liberté des échanges	9
La réalisation du marché intérieur s'accommode de contextes institutionnels partiellement différents	14
Une forme différente, des principes de fonctionnement communs	14
Des procédures juridictionnelles différentes, un contrôle relativement comparable des législations étatiques	18
Une comparaison limitée à l'interdiction des entraves à la libre circulation des marchandises, des personnes et des services	22
 PREMIÈRE PARTIE – LA NOTION D'ENTRAVE DANS LES JURISPRUDENCES AMERICAINE ET COMMUNAUTAIRE	 31
 Titre 1 – La lutte contre le protectionnisme	 41
Chapitre 1 – Manifestation principale du protectionnisme : les entraves à l'entrée sur le marché	46
Section 1 – Une interdiction relativement similaire des droits de douane et taxes d'effet équivalent	47
§1. L'interdiction des droits de douane et taxes d'effet équivalent entre les Etats de l'Union	48
A. Une prohibition large des taxes d'effet équivalent aux droits de douane	49
B. L'admission résiduelle de certaines charges	54
§2. L'interdiction des droits de douane et taxes d'effet équivalent sur les marchandises en provenance ou à destination de pays tiers	58
Section 2 – Une interdiction commune des discriminations	63
§1. Une définition similaire de la discrimination	65
A. La comparabilité des situations	67
B. Le critère interdit	73

C. Le polymorphisme de la discrimination	78
D. L'exclusion des discriminations à rebours	84
§2. Principe de non discrimination et libre circulation des marchandises	88
A. Non discrimination et fiscalité des marchandises	89
1. Un degré de contrôle a priori différent	89
2. Un examen pratique similaire	95
3. Des singularités persistantes	97
B. Non discrimination et réglementations non tarifaires des marchandises	101
1. Les mesures formellement discriminatoires à l'égard des produits importés	102
2. Les discriminations de fait à l'égard des produits importés : l'exemple des réglementations des prix	104
§3. Principe de non discrimination et libre circulation des personnes	113
A. Un cadre commun de protection	113
1. Les droits attachés au statut de citoyen	113
α. Le droit de se déplacer	114
β. Le droit à l'égalité de traitement	115
2. Des fondements différents	117
B. Une mise en œuvre variable des droits du citoyen	119
1. Libre accès au marché du travail et interdiction des discriminations relatives à l'exercice des activités économiques	120
α. Principes généraux	120
β. Le cas particulier des avocats	122
2. L'octroi des prestations sociales	133
3. Les discriminations fiscales	137
Chapitre 2 – Manifestation secondaire du protectionnisme : les entraves à la sortie du marché	148
Section 1 – Les entraves à l'exportation de marchandises	149
§1. Les entraves tarifaires	150
§2. Les entraves non tarifaires	152
Section 2 – Les entraves à la sortie des personnes du territoire étatique	156
Conclusion du titre	161
Titre 2 – Le décloisonnement des marchés	163

Chapitre 1 – L’entrave non discriminatoire : un concept jurisprudentiel imprécis

164

Section 1 – Dans l’Union européenne : un dépassement effectif du principe de non discrimination

165

§1. L’entrave non discriminatoire dans le domaine de la libre circulation des marchandises

166

A. L’entrave aux importations

166

B. L’entrave aux exportations

177

§2. L’entrave non discriminatoire dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services

179

Section 2 – Aux Etats-Unis : un dépassement apparent du principe de non discrimination

183

§1. Une distinction progressive des mesures discriminatoires et des mesures indistinctement applicables

185

§2. L’affirmation d’un contrôle spécifique des mesures indistinctement applicables

187

§3. Le critère de la discrimination semble demeurer le critère principal de qualification de l’entrave

189

Chapitre 2 – L’entrave non discriminatoire : une explication théorique incertaine

195

Section 1 – Théorie de la double charge

195

§1. Une application systématisée dans l’Union européenne

198

A. Double charge et libre circulation des marchandises

200

1. Jurisprudence

201

2. Une application élargie du principe de non discrimination ?

206

B. Double charge et libre circulation des services et des personnes

214

1. Une application large de la théorie de la double charge en matière de libre prestation de services

214

2. Une application plus limitée de la théorie de la double charge en matière de liberté d’établissement et de libre circulation des personnes

220

3. Une approche exclue dans certains domaines

223

§2. Une application limitée aux Etats-Unis

224

A. Le cas particulier des transports

224

1. Une évolution jurisprudentielle sinieuse

224

2. Un parallèle relatif avec la théorie communautaire de la double charge	232
B. Une considération peu pertinente dans les autres domaines	236
1. Le refus de prendre en compte les disparités législatives pour qualifier l'entrave : une conception fédéraliste	236
2. La « double charge » dans la jurisprudence des juridictions fédérales de premier ressort et d'appel	242
Section 2 – Théorie de l'accès au marché	247
§1. Un critère peu significatif aux Etats-Unis	247
§2. Un critère généralisé dans l'Union européenne	255
A. L'accès des marchandises au marché national	256
1. Modalités de vente et absence d'effet restrictif : une présomption simple	256
2. L'accès au marché : un critère explicatif opérationnel ?	266
B. L'accès des personnes au marché étatique	269
1. Les restrictions à l'entrée	271
2. Les restrictions à la sortie	282
C. Des analyses a priori différentes, des résultats relativement similaires	288
Chapitre 3 – Du décloisonnement des marchés à la liberté économique des opérateurs ?	291
Section 1 – L'interdiction des atteintes à la liberté économique : une jurisprudence abandonnée aux Etats-Unis	292
§1. La clause de commerce protège le commerce interétatique et non les opérateurs économiques	292
§2. <i>L'economic due process</i> : une jurisprudence révolue	294
Section 2 – L'interdiction des atteintes à la liberté économique : un glissement jurisprudentiel incertain dans l'Union européenne	298
§1. Une frontière difficilement perceptible entre le décloisonnement des marchés et la liberté économique	298
§2. Une analyse économique et juridique inachevée	302
A. Un effet discriminatoire présumé	302
B. Une notion d'« accès au marché » imprécise	306
C. Une exclusion ambiguë des situations purement internes	307
Conclusion du titre	309
Conclusion de la première partie	311

**SECONDE PARTIE – L'ARBITRAGE DU CONFLIT ENTRE L'INTERDICTION DES ENTRAVES ET
LES INTERETS LEGITIMES DES ETATS** 315

Titre 1 – Le contrôle médiat : l'entrave à l'aune des législations supra-étatiques 319

**Chapitre 1 – La préemption des législations étatiques par les législations supra-
étatiques : des jurisprudences contrastées**

	320
Section 1 – L'ambiguïté du concept de préemption	322
§1. La préemption en tant que règle régissant la répartition des compétences	323
§2. La préemption en tant que règle de « conflit » de normes	327
Section 2 – Une application différenciée du concept de préemption	329
§1. Une formulation similaire mais une conception différente de la préemption	330
A. La préemption explicite	331
B. La préemption implicite	335
§2. Une question préalable déterminante	339

**Chapitre 2 – L'autorisation des entraves par le législateur supra-étatique : des
jurisprudences opposées** 344

Section 1 – Une faculté d'autorisation quasi-illimitée du Congrès	344
§1. Neutralité de la compétence fédérale pour réglementer le commerce interétatique	345
§2. Pouvoir du Congrès de faire échec à la <i>dormant commerce clause</i>	347
A. Une compétence discutable mais fermement établie	347
B. Une compétence peu limitée	350
Section 2 – Une faculté d'autorisation encadrée des institutions communautaires	352
§1. Pouvoir du législateur communautaire de maintenir un certain cloisonnement des marchés	354
§2. Une soumission générale des actes communautaires aux libertés de circulation	357
A. Une action communautaire « orientée »	357
B. La soumission des actes communautaires aux libertés de circulation	359
1. Une sujétion affirmée	359
2. Une sujétion particulièrement souple	362
α. La qualification d'entrave : une question souvent éludée	362

β. Des mesures systématiquement justifiées	364
§3. Des procédures d'autorisation spécifiques prévues par le TFUE	369
Conclusion du titre	372
 Titre 2 – Le contrôle immédiat : l'entrave à l'aune des exigences « constitutionnelles »	 375
Chapitre 1 – Une admission large des intérêts étatiques	378
Section 1 – L'exclusion relative des objectifs de nature économique, corollaire de l'interdiction du protectionnisme économique	379
§ 1. Le principe : l'exclusion des objectifs économiques	380
A. Les objectifs purement économiques	380
B. Les objectifs « mixtes »	385
§ 2. Le tempérament américain : la <i>market participant doctrine</i>	389
A. Une doctrine aux contours imprécis	390
B. Une doctrine récemment renforcée	396
Section 2 – Une reconnaissance à géométrie variable des justifications non économiques	399
§ 1. Aux Etats-Unis : une application indifférenciée des exceptions	400
A. La clause de commerce et la doctrine des pouvoirs de police	401
B. Exceptions à l'interdiction des discriminations entre les citoyens	403
§ 2. Dans l'Union européenne : une liste théoriquement dépendante de la nature de la mesure litigieuse et de la liberté de circulation en cause	405
A. Une distinction entre mesures discriminatoires et mesures indistinctement applicables largement dépassée	409
1. Les exceptions, qu'elles figurent dans le traité ou ressortent de la jurisprudence, ne permettent généralement pas de justifier une mesure directement discriminatoire	410
α. L'analyse de la jurisprudence révèle que les exceptions du traité n'autorisent pas, en principe, l'adoption de mesures discriminatoires	411
β. Le cas particulier des emplois dans l'administration publique et des activités participant à l'exercice de l'autorité publique	417
2. Les motifs jurisprudentiels semblent permettre de justifier toute entrave	421

α. Mesures discriminatoires justifiées par la protection de l'environnement	421
β. Mesures discriminatoires justifiées par des motifs de nature fiscale	424
3. Une distinction injustifiée	428
α. Une distinction théorique en apparence fondée	429
β. Des fondements toutefois fragiles conduisant à une jurisprudence peu cohérente	431
B. Une nouvelle distinction : le régime particulier des dérogations à la libre prestation de services	434
Chapitre 2 – Le contrôle de proportionnalité ou <i>balancing test</i>	437
Section 1 – Les critères du contrôle de proportionnalité	439
§ 1. Aux Etats-Unis : pluralité des tests, incertitude des critères	439
A. Le double test de la clause de commerce	440
1. L'application d'un test strict de proportionnalité aux mesures discriminatoires (le « <i>strict scrutiny test</i> »)	440
2. L'application d'un test souple de proportionnalité aux mesures indistinctement applicables (le « <i>balancing test</i> »)	446
B. Le test de la <i>Privileges and Immunities clause</i> de l'article IV, clause 2	451
C. Le <i>balancing test</i> du 14 ^{ème} amendement	454
1. L' <i>Equal Protection clause</i>	455
2. La <i>due process clause</i>	456
§ 2. Dans l'Union européenne : unicité apparente du test, précision des critères	458
A. Le contrôle de l'aptitude de la mesure	461
B. Le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure	464
1. L'obligation de prendre en compte les exigences de l'Etat d'origine	467
2. L'interdiction d'aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif recherché	470
α. Une marge de manœuvre variable, dépendant de l'intérêt en jeu et de la nature de l'entrave	471
β. Une mesure n'est proportionnée qu'à la condition de respecter certaines exigences procédurales	474
γ. L'existence de réglementations moins strictes dans d'autres Etats : un	

critère réellement indifférent ?	476
Section 2 – Une formule similaire, des résultats contrastés	481
§ 1. Une volonté commune de conciliation	482
A. Liberté du commerce interétatique et protection de la santé publique	482
1. La protection de la santé : un intérêt susceptible de neutraliser les libertés de circulation	484
2. Un contrôle de proportionnalité relativement divergent	487
B. Liberté du commerce interétatique et protection de l’environnement	491
§ 2. Une approche différente du contrôle de proportionnalité	499
A. La nature des voies de recours influence le degré du contrôle	499
B. Une conception différente du marché intérieur et du rôle du juge	503
1. Une fonction différente du contrôle de proportionnalité conditionnée par la conception divergente de l’entrave	504
2. Modération du juge américain, activisme du juge communautaire : des conceptions différentes du rôle du juge	511
C. Le contrôle de proportionnalité : un instrument adéquat d’appréciation des mesures nationales ?	523
1. Un contrôle source d’incertitudes juridiques	525
2. L’expertise en question	528
Conclusion du titre	530
Conclusion de la seconde partie	533
CONCLUSION	535
BIBLIOGRAPHIE	547
INDEX	599
TABLE DES MATIERES	607

L'établissement d'un marché intérieur procède, sur le plan juridique, d'un double mécanisme : un mécanisme d'« intégration négative » et un mécanisme « d'intégration positive ». L'intégration négative désigne les interdictions, adressées aux Etats et à leurs collectivités, d'entraver la circulation interétatique des marchandises, personnes, services et capitaux. La Constitution américaine et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne contiennent des dispositions permettant cette intégration des marchés étatiques. La Cour Suprême et la Cour de justice de l'Union européenne ont, dans ce cadre, joué un rôle majeur en précisant la portée qu'il convenait de donner à ces dispositions. Elles ont, à cet égard, développé un cadre d'analyse similaire consistant à identifier les mesures susceptibles de restreindre les libertés de circulation et à examiner si de telles mesures pouvaient être justifiées par un intérêt légitime des Etats. La marge de manœuvre laissée aux Etats diverge, néanmoins, sensiblement dans la mesure où les objectifs assignés à l'intégration négative ne présentent qu'une similarité partielle. La jurisprudence américaine est, en effet, essentiellement fondée sur la doctrine de l'anti-protectionnisme tandis que la jurisprudence communautaire a posé un principe plus dynamique de décloisonnement des marchés. Cette divergence est révélatrice d'une conception différente des finalités de chaque Union et du rôle du juge. Le juge américain veille avant tout au respect de la répartition des compétences, telle que prévue par la Constitution ; le juge communautaire s'inscrit dans une logique fonctionnelle de réalisation d'un marché intérieur.

The establishment of an internal market results, in legal terms, from a dual mechanism: a mechanism of "negative integration" and a mechanism of "positive integration". Negative integration refers to the prohibitions, addressed to the States and their local authorities, to impede interstate movement of goods, persons, services and capital. The U.S. Constitution and the Treaty on the Functioning of the European Union contain provisions allowing the integration of state markets. The Supreme Court and the Court of Justice of the European Union have played, in this context, a major role in specifying the meaning to be given to these provisions. They have, in this regard, developed a similar framework to identify measures that are likely to restrict freedom of movement and to examine whether such measures could be justified by a legitimate interest of the States. The leeway left to the States differs, however, substantially since the goals of negative integration are only partially identical. American case law is, indeed, essentially based on the anti-protectionist doctrine while EU case law is based on a more dynamic principle of market liberalization. This difference is indicative of different approaches regarding the purposes of each Union and the role of the judge. The U.S. judge ensures, above all, that the division of competences, as provided by the Constitution, is enforced whereas the role of the ECJ is essentially to guarantee market integration.

Union européenne – Etats-Unis – Marché intérieur – Intégration négative – Libertés de circulation – Entrave – Proportionnalité – Répartition des compétences – Cour de justice de l'Union européenne – Cour Suprême

European Union – United States – Internal market – Negative integration – Freedoms of movement – Restriction – Proportionality – Division of powers – European Court of Justice – Supreme Court